B 5
369
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI
DONATI DAL
DOTTOR ANNIBALE GIULIONI
GIURISTA
Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1° Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

ULRICUS HUBER FRISIUS J.C.

Natus MDCXXXVI, III. Idus Mart. Denat MDCXCIV. Id. Nov.

Incise



Digitized by Google

ULRICI HUBERI JCTI

SUPREMÆ FRISIORUM CURIÆ EX-SENATORIS

PRÆLECTIONUM

JURIS CIVILIS

TOMI TRES

SECUNDUM INSTITUTIONES ET DIGESTA

JUSTINIANI.

ACCEDUNT

CHRISTIANI THOMASII JCTI

ADDITIONES

ET

LUDERI MENCKENII JCTI

REMISSIONES AD JUS SAXONICUM,

AC

JUDOCI LE PLAT JCti

ADNOTATIONES

EDITIO NOVISSIMA NEAPOLITANA

AD IPSISSIMAM LOVANIENSIS FORMAM

Correctius & Castigatius adornata

TOMUS I.





NEAPOLI MDCCLXXXIV.

EXPENSIS JOSEPHI ET JOANNIS ROLAND FRATRUM

EX TYPOGRAPHIO JOSEPHI DE BISOGNO

SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIO.

Digitized by Google

3. 5 — 369

Digitized by Google

IOSEPHO ARTENISIO BECCATELLIO
BONONIAE
AB INCLITA ANTIQVISSIMA FAMILIA
E *BRITANNIA* ORIVNDO (*)
PRINCIPI CAMPIREGALIS
MARCHIONI SAMBVCAE ET ALTAVILLAE
CET. CET.
TORQVATO EQVITI ORD. S. IANVARII
ET HEREDITARIO EQVITI ORD. HIEROSOLYMITANI
CET. CET.

FERDINANDI IV.

PII FELICIS AVGVSTI
VTRIVSQVE SICILIAE REGIS
A SANCTIORIBVS CONSILIIS A SECRETIS
QVI
ANTONII BECCATELLII PANORMITAE
GENTILIS SVI
ALPHONSI I. SICILIARVM REGIS A SECRETIS
AVITAM SORTITVS INDOLEM
CLARISQVE INSISTENS VESTIGIIS
ITA RELIGIONI PRINCIPI REIPVBLICAE
EGREGIAM VSQVE OPERAM IMPENDIT SVAM
VT
IN GRAVISSIMIS EXPEDIVNDIS NEGOTIIS
VERI RECTIQVE CVLTOREM
BONARVMQVE ARTIVM PVBLICIQVE COMMODI AMATOREM
SE OMNIBVS PROBET

IOSEPHVS AC IOANNES ROLAND FRATRES
OPVS PRAELECTIONVM IVRIS CIVILIS

CL. VLRICI HVBERI

AVRO CONTRA NON CARVM
TRESQVE IN TOMOS COMMODE ORNATEQVE
DISPERTITVM
NVNC PRIMVM NEAPOLITANIS TYPIS
PROPRIO AERE PROCVSVM
MVLTISQVE MENDIS QVAM DILIGENTER EXPVRGATVM
MVSARVM BONORVMQVE OMNIVM PATRONO
CLIENTES STVDIOSISSIMI
DONANT DEDICANT.

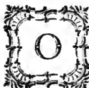
PRÆ-

(*) Bini sunt insignis honoris novi tituli, quibus ex erutis sive Bononiæ, sive Siciliæ Inscriptionibus, Cl. Vincentius Lupoli U. J. Professor in Inscriptione Dedicatoria egregij sui Operis *Juris Neapolitani Prælectiones* anno 1781. nobilissimam gentem Excellentissimi Principis cumulavit, docuitque insuper in Notula ibidem adposita authentica hujusce rei testimonia brevi typis fore demandanda per Cl. Neapolitanum JCtum & caussarum patronum Vincentium Ambrosium Galdi in elaboratissimo Opere, cui titulus: *Memorie intorno all' Origine, all' Antichità, ed alla Genealogia della nobilissima prosapia* Artenisj Beccadelli di Bologna, *dacchè la medesima di là dalle Alpi, e dai mari, venne a fissarsi di residenza in Italia*.

PRÆFATIO

AD

Noviſſimam hanc editionem Neapolitanam.



Pus Cl. ULRICI HUBERI *tres in Tomos diſpertitum, Lipſienſibus primum anno* 1717. *tum anno* 1766. *Lovanienſibus typis excuſum, tantam ſibi apud legum ſtudioſos conciliavit dignitatem, ut mirandum certe ſit, quod hodie vel longe rarius, vel nonniſi carius haberi poſſit. Accedit, quod Lovanienſis editio, quæ majorem ſibi ubique gentium vindicavit exiſtimationem, utpote correctior ac caſtigatior, multis ipſa etiamnum ſcatens mendis deprehendatur. Multi propterea amici non ſemel monuerunt, ut præ variis clariſſimorum Auctorum Operibus, quæ proprio nos aere denuo evulganda propoſueramus,* HUBERI *etiam Prælectiones Neapolitanis primum typis mandandas curaremus.*

Illorum nunc votis obſecundantes, Duumviris ſolertibus ac doctis in mandatis dedimus, ut alter in typographica, ſi qua irrepſerint, imminens menda, editionem hanc emendatiorem redderet, alter vero citationibus ſingularum incumbens legum, falſas quidem corrigeret, veras retineret. Uterque autem, nulli parcens labori, provinciam laudabiliter adornavit ſuam. Quapropter ad calcem cujuſque Tomi Notula quædam adjicietur των σφαλματων, errorum *nimirum, ſive qui in prioribus editionibus effluxerant, ſive quibus præterea in nova hac editione notatis diligenter proſpectum eſt.*

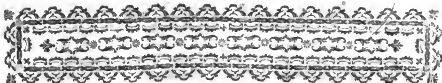
Porro nos & nitidiore charta, & novis characteribus uſi ſumus, adeo ut in hac etiam parte Neapolitana noſtra editio nulli anteactæ alteri primas concedat. Age igitur, quicumque Juriſprudentiæ ſacris addicti eſtis, noſtrum hoc conſilium æqui bonique conſulite, fovete. Nec enim parva merces, aut minima laus erit, noſtrum hunc qualemcumque laborem vobis non ingratum fortaſſe evaſurum.

Joſephus & Joannes Roland fratres.

PRÆ-

Digitized by Google

Digitized by Google



PRÆFATIO

AD

Lovanienſem Editionem.

QUum hæc altera editio Prælectionum Viri Clariſſimi ULRICI HUBERI pararetur, non difficulter a me extorſit Typographus, ut correctionis tædioſum otium in me ſuſciperem. Feci hoc eo lubentius, quod viderem opus, tam pene exactum, mendis ſuis non carere. Et inprimis deprehendi plures textus legum truncatim aut inverſe aſſignari: quapropter ad unum omnes novo examini ſubjeci, & male citatis genuinos ſubſtitui.

Animadverti quoque in ſolo Tomo primo citari poſitiones juris ejuſdem Clariſſimi Auctoris; quum autem *Prælectiones* maximam relationem dicant ad *Poſitiones*, neceſſarium duxi per totum Prælectionum opus ſubjicere pro meo poſſe Poſitiones analogas & correſpondentes, ut in Tomo primo factum fuerat.

Tandem Summaria, præſertim in Tomo primo, ſuis numeris non correſpondebant, quod demum deprehendi, quum jam decem priores tituli Tomi primi prelo exiiſſent: hæc itaque reſtitui, mutando vel ipſa Summaria, vel Numeros, quos Auctor adjecerat.

Breviores ſubinde animadverſiones, ſuis quaſque locis ſubjectas & cifris Arabicis hoc modo (1) (2) &c. diſtinctas, addidi; in quibus id præcipue egi, ut ad auctores recentiores paſſim Lectorem remitterem. Ad paucos equidem remiſi (idque tædii & prolixitatis vitandorum gratia) ſed ad meliores, & præſertim ad eos, qui ex profeſſo & funditus de propoſita quæſtione agunt. Neque id eo animo aut hunc ob finem feci, ut a ſententia Auctoris, quem eruditionis cauſa ſummopere veneror, diſcedere me oſtentarem, ſæpius enim auctores, ad quos Le-

Digitized by Google

Lectorem remitto, idem plane cum Auctore nostro sentiunt, sed ut ex assignatis a me fontibus haurire queat Lector Tyro, quidquid ad propositam pertinet quæstionem. Quod si nonnumquam sententiæ Auctoris subscribere non volui, aut potui, dissensum meum modeste indicavi: ubi vero Auctor, tametsi heterodoxus, acriori, quam decet, calamo in Religionem Catholicam invehitur, eum stilo simili, at obiter, perstrinxi. Imputabit hæc æquus Lector amori avitæ Religionis, ignoscetque, si qua sit, amaritudinem, ponendo in alteram lancem tædiosum correctionis laborem. Parili benevolentia, spero, corriget si quæ, me præter, irrepserint menda typographica. Scribebam Lovanii Kalendis Maji Anno MDCCLXVI.

JUDOCUS LE PLAT JCtus.

CEL-

Digitized by Google



CELSISSIMO ET ILLUSTRISSIMO

PRINCIPI

HENRICO CASIMIRO

D. G. PRINCIPI NASSAVIÆ &c. COMITI CATIMELIBOCORUM, VIANDÆ, DIETZIÆ, SPIGELBERGÆ, &c. BARONI LIESVELDIÆ, DOMINO BIELSTEINII, &c. GUBERNATORI HEREDITARIO FRISIÆ ET ARMORUM PRÆFECTO SUPREMO, &c. UT ET GRONINGÆ, OMLANDIÆ, DRENTIÆQUE GUBERNATORI ET CAPITANEO GENERALI, &c. ACADEMIÆ FRANEKERANÆ CURATORI HONORARIO MAGNIFICENTISSIMO.



Udacius hic liber in conſpectum Celſitudinis Tuæ prodit, HENRICE CASIMIRE, *PRINCEPS ILLUSTRISSIME*, poſtquam Tu ſplendidiſſimis avitæ Hereditatis atque delatis a Republica titulis nomen Curatoris Academiæ, ſed honorarii, ſed magnificentiſſimi addere non adſpernatus es. Et cui potius conveniebat, hanc Tibi dignitatis acceſſionem gratulari, quam ei, quem fors benigna eodem anno præeſſe Lycæo voluit, quod poſt ſupremum Numen deinceps in te ſuum decus tutelare, ſuam in proſperis aucto-

Digitized by Google

ritatem, in adverſis rebus præſidium collocabit & venerabitur. Habemus omnes in memoria, quam liberaliter, quam honorifice & amanter glorioſæ recordationis PARENS TUUS rem Academicam tutari non contentus, etiam augere, quoties uſus ferret, & exornare ſolebat. Non eſt animus equidem, nec opportunum fuerit, Academica damna, quæ poſt ſapientiſſimi PRINCIPIS lamentabile fatum tulimus, ingrata commemoratione repetere. Sed erigit in ſpem novam perculſas tempore ſuo Muſas, Tua, generoſe PRINCEPS, indoles, quam luculenta primæ adoleſcentiæ incrementa, quæ inter nos emicuere, jam tum egregie patefecerunt. Optamus utique ac etiam ſperare fas ſit, quæ, ceſſante Cura Magnificentiſſima, res noſtræ detrimenta cepere, divina quidem bonitate potiſſimum, ſed Te, MAGNANIME PRINCEPS, duce & auctore poſtliminio reditura. Reſtitutum iri adempta poſtliminio, inquam, ominamur, ut quæ ſuſpenſa magis violentia belli, quam ſublata penitus & extincta credere nos jubet amor ille vetus Friſicæ gentis adverſus literas & literatos. Tu vero, cui bono. HENRICE CASIMIRE, nuncupationes ornamentorum ..uorum literario nomine claudi & obſignari paſſus es, quam ut prætextum benefaciendi Muſis earumque alumnis ſub titulo Cu-

rato-

Digitized by Google

ratoris haberes? Serviet hoc nomen tibi, credo, velut arcanum aliquod potentiæ, vel ingens privati subsidium ærarii; quærendum inde videlicet, ubi nihil lucri proponitur, quam bona mens & paupertas. Enimvero ipsum nomen Curatoris palam loquitur, esse munus, quod suscepisti, non honorem esse delatum, cujus omnis excellentia in beneficio exercendo orditur atque consumitur. At ne parum Te, HENRICE PRINCEPS, Curatorem fore præsumas, scito, pupillam tutelæ mandatam esse Tuæ obnoxiam contemptui & injuriis, innocentia male tutam sola, denique tanta auctoritate Tutoris & indigam nec indignam. Quin aut me vehementer opinio fallit, aut nimio generosus erit *NASSAVIUS* sanguis, quam ut tanto apparatu, nomen otiosum, sine re, sine virtute sibi datum videri patiatur. An loquerentur solum homines, HENRICUM CASIMIRUM Academiæ Curatorem esse creatum, idque brevi auditu alii transmitterent; non loquerentur, Eum esse & Eum agere Curatorem? Hoccine reputatio honoris in tanto fastigio, in tam acri ingenio ferret, ut novissimus hic titulorum, velut inane complementum, reliquis subjiceretur? Quin potius, sicut Illustres Patriæ Patres judicavere, Principis & Comitis & Hereditarii Gubernatoris sui decus, additamento literarii cha-

racteris non dehonestari, sic etiam hoc mihi, sapientissimis hominibus propositum esse videtur, ut attenuatam Academiam integris ornamentis suis novaque beneficentia complectantur & erigant & pristino splendori restituant. Quod ut Tu, MAGNIFICENTISSIME CURATOR, adjuvare, promovere, perficere velis, ut pupillam, quæ se totam Tibi dedit, a Te tota pendere cupit, patrocinio curaque tua benefice magnificeque foveas, id ipsas Te Camenas rogare, obtestari, supplicare puta: Etiam vero juxta illas, hunc librum ejusque auctorem

Celsitudinis Tuæ

Kal. Aug. CIↃ IↃC
LXXVIII.

Humillimum &c.

ULRIC. HUBER.

ULRI-

Digitized by Google

ULRICUS HUBER

AUDITORIBUS SUIS SAL. D.



Tsi, cum primum Juris docendi munus in patria Academia aggressus sum, me valde memini alienum esse ab eo consilio, cujus nunc specimen exit in lucem, nihilominus ita semper arbitratus sum, studiosis adolescentibus expedire, ut ob oculos habeant librum, in quo summa eorum, quæ a Præceptore, quem audiunt, inculcantur, iisdem fere verbis comprehensa sit. Nam pauci ea felicitate ingenii atque memoriæ sunt, ut semel dicta retinere vel reddere, multo minus ea cum aliis scriptoribus stylo methodoque diversis comparare queant. Sed ego constitueram, scripta Wissenbachii *nostri, quæ in omnium manibus heic erant, meis auditoribus in hunc usum commendare: nam Præceptoris mei sententias valide possidebam & in magno commodo reputabam, si primis disciplinæ fundamentis defunctus animum statim ad altiora conferre possem. At postquam hanc viam ingressus sum, ut totum me cum publicis, tum & domesticis institutionibus darem, sensi,* Wissenbachiana *ad hunc scopum mihi non sufficere; quia non visum fuit viro Summo, artem integram uno nexu conjunctam tradere, sed quæstiones præcipuas separatis positionibus illustrare, mixtis subinde definitionibus atque partitionibus, minime tamen omnibus, nec ita ut plene penitusque intelligi possent. Scitis, quantum Præceptoris optime de me meriti memoriæ tribuam, quantopere etiam vobis lectionem ejus commendem; sed quod eum κατὰ πόδας in collegiis non sequor, ratio, ni fallor, illa, quam dixi, bonis æstimatoribus non improbabitur. Mitto dicere, quod ea felicitas mihi non contingit, ad quam ille se examussim composuerat, ut Præceptoris sui opiniones, ad usque senectam magno animo tueretur, in statuendis antinomiis, in carpendis Justiniani Ministris, in pluribus sententiis, quæ a vulgo recedebant. Nam etsi in discendo me credulum, ut habet præceptum, sedulo præbuerim, quod tamen cum maturiore judicio cuncta examinassem, aliter vos docere non potui, quam bona fide intelligerem mihique persuasissem, æquus judex vitio non vertet. Nam si quid hac parte vitii latet, id naturæ qualitati, non animi proposito fuerit imputandum. Enimvero, licet ineptum id forte videbitur, ego etiam in hoc capite, ex eventu mihi blanditus sum, quod, cum minime id agerem, ut communes Interpretum opiniones mihi sequendas præjudicarem, omnibus*

tamen

Digitized by Google

tamen exactis & perpensis, in id ingenii mei trutina plerumque declinaverit, quod communi scholæ jam pridem visum fuerat. Meministis, quam me nunquam repertis novitatibus venditaverim, quam sæpe illis restiterim, nec id tamen odio novitatum vel invidia laudis alienæ factum, cujus causas procul habui: quin faveo ingeniis seculi & laudo inventores bonarum rerum etiam novissimarum: sed oportet hanc esse mei innoxiam ingenii simplicitatem, quod in receptis, etiam re bene perpensa, magis acquiesco. Neque vero aliis tamen scripta vobis obtrusi; illud inprimis arrisit ac etiamnum placet, τὰ κοινὰ κοινῶς. *Porro alium a* Wissenbachio, *cujus ductu Jus certum & controversum ad Institutiones & Pandectas æquabiliter explicarem, non facile reperiebam. Etenim ita semper faciendum putavi, non ut totum Jus nova methodo, aut secundum seriem Pandectarum uno contextu tractarem, sed ex voluntate Justiniani Augusti, quam merito plurimi facimus, Institutiones ante Pandectas tyronibus discendas proposui; quemadmodum hic mos adhuc per omnes, ni fallor, Academias, quicquid novi methodistæ moliti sunt, locum usumque suum retinuit. Hactenus tamen mos seculi præscriptum Imperatoris subegit, ut Institutiones non semestri opera transmittantur, sed paulo tractentur diutius atque pressius elaborentur. Non quod auctor sim, ut plus semestri spatio explicandis iis impendatur, quod ego quidem non soleo; sed quoniam mea sic ratio est, ad ulteriora non producere studiosos, antequam priora bene solideque digesserint & exprompta memoria judicioque complexi sint, quæ res aliquam moram & juxta vetus illud,* δὶς καὶ τρὶς τὰ καλὰ, *repetitionem postulat. Suasi & illud, ne diffusa lectione initia sua confunderent; sed ita existimarent, nihil melius instituere se posse, quam ut Præceptorem suum describerent non tam calamis quam animo. Illi vero utrumque gnaviter fecere, atque ex ore prælegentis ad Institutiones & Pandectas continuas* ἀκροάσεις, πυκνῶς, *ut fit, exaraverunt. Has ego mendis scatentes operoseque describendas, non gravatus sum, ut eorum operas levarem ære typographico excudendas dare, at sine meo nomine, quod tumultuarium opus non merebatur. Utinam de præsenti opusculo non idem aliquando sit optandum! Verum ad hoc quidem ipsa me necessitas compulit, ut postquam auditores meo præscripto uti cœperunt, illo videlicet brevi atque conciso, aliquid iis subministrarem, quo priora enucleata plenius exponerentur. Quam mihi initio professionis nihil tale propositum fuerit, feci palam, cum primum Digressiones Justinianeas publico dedi: sed persona suscepta fuit absolvenda & auditorum utilitati vel invito serviendum. Ratio instituti est, ut jus Romanum breviter & perspicue enarretur, factaque quandoque digressiuncula in nobiliores controversias, moni-*

Digitized by Google

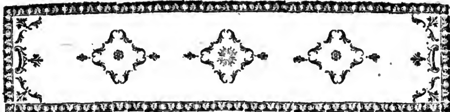
monitisque lectoribus, quid universali consuetudine vel moribus Patriæ obtineat (aliarum gentium, quod infinita & aliunde petenda judicabam, rarius memini) In pandectis nihil eorum, quæ ad Institutiones dicta sunt, repetimus; sed quæ capita illic non traduntur, ea plene, sicut in prima parte factum, exequemur: quæ cum Institutionibus παράλληλα *sunt, de his singularia & in prima parte non dicta memoramus, ut ita ex Institutionibus atque Pandectis æquabile corpus fundamentorum Juris exhibeamus, quemadmodum in principio hujus scripti constitutum erat. In ipsis collegiis viva voce argumenta Institutionum examinanda recolimus. Ita commodum Institutiones semestri, Pandectas annuo spatio absolvimus. Institueram aliquando disputationes scribere fundamentales, quæ non sunt absolutæ, propter obitum Typographi, & quoniam usus me docuerat, hæc in iis esse peccata; congesseram illuc in unum locum omnia, quæ in locis* παραλλήλοις *de iisdem materiis ferme dici poterant & revera in Pandectis erant dicenda. Diffuderam me nimis in quæstiones philologicas & observationes humaniores: sed nunc in ea sum hæresi, Jurisprudentiam* οἰκείοις *fundamentis & propria supellectile debere esse contentam; non quod Jureconsultum esse putem consummatum, qui varia eruditione non sit excultus, & cui vetustas artis suæ ignota sit, Romana inquam; sed quod eam in Jure docendo non credo exercendam, multo minus ostentandam; delibari duntaxat & promi exinde, quod ad intellectum Artis est necessarium, nec ultra volo. Propterea, quæ hujus erant generis, secrevi in Digressiones sive observationes, quas humaniores appellavi, quatenus Institutiones publice prælegi. Hic Jus habetis cultum & instructum eo instrumento, quod ornet nec oneret; duntaxat ita conatus sum. Denique ex his meis rationibus facile animadvertetis, me non metuere multitudinem eorum, qui ad Institutiones & ad Pandectas scripsisse dicuntur; nam ego vobis consultum volo; si perituræ sunt hæ lectiones cum ego amplius non ero, nihil recuso; modo vobis, qui nostris viis ambulatis, hæ prosint, quod non modo jam spe bona præsumpsi, sed & luculenter expertus sum. Quid ergo? Dicetis; huiccine libro soli inhærebimus, alios non curabimus? Minime vero, inquam, sed hoc Catone vos primo velim esse contentos, qui meæ vocis ministerio utimini; At vero cum hæc subegeritis, tum quocunque velitis vagamini, & meliora reperta meis libere præferte; quin & me docete, quo nihil erit gratius; neque novum erit mihi, quoties eveniet posthac, a discipulis esse doctum; sæpe cum fructu id expeto. Sed nolo vos diutius remorari: Si mea scripta non valent, præfationibus nihil proficiam; ne quidem, si typographum aut amicum, notum vel ignotum subornem, qui me meos-*

Digitized by Google

meosque conatus invidendis laudibus oneret : In hac iterata editione accidit, quod solet iis, qui docendo scribendoque proficiunt, ut emendando & novando non possint abstinere: quemadmodum heic notabili accessione, si cui priora cum posterioribus conferre libeat, factum deprehendetur. Auxit hæc incrementa consilium huc referendi Scholia, quæ Vir Cl. Christianus Thomasius, *Jurisconsultus Lipsiensis, ante biennium* Positionibus *nostris adjecta, publici juris fecit, quæ cum ex his* Prælectionibus *sint desumpta, quicquid ad illas spectabat, huc perinde referri poterat. Longe autem melius operisque modo convenientius erat, Scholiorum considerationem in his prælectionibus exequi; nisi quatenus heic jam prius occupata, expositaque fuerant: nam quæ hujus erant generis, omisimus. Cæterum, non ingratas fore Lectori observationes, quæ ex ipsis scholiis & responsionibus ad illa natæ sunt, confidimus; cum, quod minime spernenda aut vulgaria sunt, quæ Vir Eruditus protulit, tum quod lectionum & disputationum perpetuarum densitas his quasi emblematis ac intermissionibus distingui & recreari non incommode posse videbatur. Vos fruimini fultis & faciente Deo Pandectarum Expositiones, sequenti anno, expectate. Si quæ vobis occurrent mendæ, quas graves fore non spero, eas benevole emaculate.* Valete.

INDEX

Digitized by Google



INDEX
QUÆSTIONUM
Secundum ordinem Institutionum.

76.

Digitized by Google

206.

Digitized by Google

Digitized by Google

246. In transactione locum habet condictio indebiti, perinde ac in aliis contractibus. 11.
247. Solutio per partes invito creditori non potest obtrudi. tit. 30. 3.
248. Sed ante diem invito solvi nihil vetat. tit. 16. 3. tit. 30. 3.
249. Alius quoque pro alio solvere potest invito. tit. 30. 4.
250. Acceptilatio inutilis jure tamen pacti valet. 5.
251. Litis contestatio recte novatio dicitur. 11.
252. E duobus reis stipulandi alter in alterius præjudicium novationem facere potest. tit. 17. 2.
253. Confusione tam naturalis quam civilis obligatio tollitur. tit. 30. 13.
254. Sola oblatio debiti non habetur loco solutionis. 16.
255. Actio civilis & criminalis de iisdem delictis non cumulantur, sed electa una, consumitur altera. l. IV. tit. 1. 1.
256. Furtum jure naturali recte prohibitum dicitur. 2.
257. Fur non est, qui vitæ, forsitan & pecudis servandæ causa, rem alienam aufert, sed restituendo quod accepit defungitur. ibid.
258. Rei modicæ furtum quidem fit, non tamen ut criminaliter agatur. 5.
259. Pœna furti capitalis justo gravior esse videtur. ibid.
260. Condictio furtiva datur adversus heredem in solidum. 14.
261. Eandem non esse e delicto actionem. tit. 12. 5.
262. Actio de vi bonorum raptorum non est levior actione furti. tit. 2. 1.
263. Ob vim a bonis avertendam non licet hominem interficere, pecudem licet. tit. 3. 2.
264. Judicia legis Aquiliæ & legis Corneliæ se invicem non consumunt. 5.
265. De levi injuria non debet neque potest agi criminaliter. tit. 4. 8.
266. Communicatione cœnæ dominicæ in Ecclesia non amittitur actio injuriarum. 9.
267. Actio realis injuriæ perpetua, non annalis est. 10.
268. Annus injuriæ verbali præscriptus est utilis, non continuus. ibid.
269. Ex quasi delicto filiifamilias pater non tenetur de peculio. tit. 5. 4.
270. Definitio actionis, quæ est in *pr. tit. Inst. de Action.* convenit etiam in rem actioni. tit. 6. 3.
271. Unus casus, quo possessor agit, non est quærendus extra §. 2. *d. t.* 6.
272. Prætoriæ in rem actiones, quæ referuntur in §. 3. *& seq. d. tit.* vere in rem non sunt, excepta hypothecaria. 7.
273. Vero domino Publiciana actio non datur. ibid.
274. Contra titulo possidentem non datur actio Publiciana. ibid.
275. Mercaturæ causa absentes restitui posse videntur, quasi reipublicæ causa absentes. 8.
276. Constitutum est contractus. 12.
277. Imo non est contractus. ibid.
278. Jusiurandum num novatio? 13.
279. Præjudiciales actiones nec in rem, nec in personam sunt. 15.
280. Non dantur actiones a parte rei pœnales & altera parte rei persecutoriæ. 17.
281. Non dantur actiones mixtæ in rem & in personam. 19.
282. Imo dantur actiones ita mixtæ. ibid.
283. Dolus dans causam contractui bonæ fidei reddit eum ipso jure nullum. 24.
284. Cum res deperdita vel deterior facta venit æstimanda, in contractibus bonæ fidei spectatur tempus rei judicatæ, in strictis tempus litis contestatæ. ibid.
285. In strictis judiciis usuræ non debentur, nisi ex stipulatione. ibid.
286. Pacta incontinenti adjecta stricti juris contractibus, actionem inde non producunt. ibid.
287. Plures actiones pœnales se mutuo consumunt, ubi rem eandem spectant. 33.
288. Rei persecutoria & pœnalis actio se mutuo consumunt. ibid.
289. Rei persecutoria & mixta super eadem re, se invicem non penitus consumunt. ibid.
290. Institores & quicunque rebus alienis præpositi sunt, officio finito non videntur teneri. tit. 77. 5.
291. Actio Tributoria non datur ad petendam divisionem mercium peculiarium. 6.
292. Actio de peculio non datur de peculio adventitio. 7.

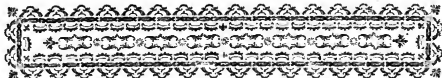
293.

Digitized by Google



PRÆLE-

Digitized by Google



PRÆLECTIONUM SIVE EXPOSITIONUM JURIS JUSTINIANÆI, PARS PRIMA,

Exhibens Institutiones Imperiales.

Ratio Instituti præsentis. Studium Juris Theoreticum vel Practicum. Historia Librorum Juris. Auctoritas Librorum adversus se invicem, An dentur Antinomiæ. De methodo juris discendi, obiter. Adferitur fides Imp. quod nihil his libris obsoleti contineatur. Quo sensu Institutiones sint totius Juris elementa. Rursus aliquid de methodo. Summa proœmii Institutionum.

Constitui, in gratiam Auditorum meorum, scientiam Juris Romani meis verbis, ex οἰκείοις, hoc est, *suis* principiis, breviter & perspicue complecti; hoc ordine, ut primo *Institutionem* Cæsaris succincte exprimam; dein & *Pandectas* ita persequar, ut nihil in Institutionibus dictum repetatur; Quo ita corpus æquabile fundamentorum Juris methodo Justiniani, quam mutare religio est, exhibeatur. Hac via duas res affecto: Primo, ut hi, quos conditio fortunæ festinare jubet, eam Juris facultatem brevi, at nervoso labore adipiscantur, quæ ad applicationem judiciorum valide sufficiat; dein, ut cæteri, quibus altior mens, in tempore, omissis systematum magistris, ipsos artis fontes adeant, totumque Juris Corpus & animam, quæ non nisi pariter se communicant, quærere velint. Puto enim, male eos sibi consulere, qui hoc institutum legendi veteres totos & solos aggrediuntur, antequam systematicæ doctrinæ exprompram memoriam acquisiverint. Dixi alias de hac via copiosius, in *dial. de rat. dis. & doc. Jur. subj. Digress. Justin.* Præsentem laborem sic attemperabimus, ut fere nihil sit aliud quam expositio positionum Juris, *ad Institutiones & ad Pandectas*, quibus in auditorio privato jam pridem uti cœpimus. Ergo nunc ordine rem cernamus, exemplo nostri Principis: IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

2. (a) Haud absurde Budæus *ad l. 1. ff. de Just. & Jur.* sententias juris ait tradi per *axiomata* vel per *positiones*, vocabulis ex usu, ni fallor, mathematicorum desumptis. Nam axiomata nihil sunt aliud, quam enunciationes nullius indigæ demonstrationis; cujusmodi Plutarchus *in vita Demetrii*, scribit esse postulatum *Principum*, qui imperiis Legum præsidio parum firmatis præsunt, *ut Fratres suos liceat occidere*. Nos ratione meliori in hujusmodi axiomatum loco habemus Præcepta Juris, *honeste vivere*, *alterum non lædere*, *suum cuique tribuere*, *nemini jus suum auferendum*, *ne quis re sua male utatur*, *& similia*.

3.

(a) *Pos.* 1. 2.

3. (b) Positiones videntur esse regulæ fundamentales Artis, certæ quidem & validæ, sed altioris indaginis & explicationis, veluti definitiones, partitiones & conclusiones inde collectæ. In eo sensu, positionis vocabulo utitur Justinianus, eamque *thesin* interpretatur Theoph. *in* §. *ult. Inst. de Just. & Jure*; quando Juris ajunt duas esse positiones, *Publicum & Privatum*: nempe hæ species, quæ collocantur ut fundamenta detegendi & evolvendi materiam disciplinæ, eleganter *positiones* appellantur; atque ejusmodi positionibus ars tota comprehendi potest, quemadmodum a nobis jam pridem institutum est.

4. (c) Compertum nobis erat, eaque sententia usu quotidiano magis magisque nobis sedet, hanc rationem collocandi breves & claras positiones Artem totam exhibentes, tam docentibus, quam discentibus esse commodissimam, quatenus & solidam expositionis copiam præbent Doctoribus, & facile a discipulis memoriæ mandantur, atque angustioribus ingeniis, quæ magnos rationum discursus non capiunt, intellectum Artis sine ambage suppeditant, validioribus occasionem e paucis multa percipiendi deducendique præstant efficacem. Non possunt equidem rerum omnium rationes hac via declarari; tamen id actum a nobis, ut sententiæ Juris ejusmodi nexu cohærerent, quo non tantum τὸ ὅτι, sed etiam τὸ διότι, causæ quoque rerum vel observari, vel facile monstrari possent.

5. (d) Non desunt clari homines, qui specimina hujusmodi positionum, sed diverso, quam Justinianus, ordine dederint: Vultejus, Althusius, Vinnius *in suis Partitionibus*, alii aliis titulis, quanquam in Academiis non pervicerunt, ut eorum methodus Cæsareæ præferretur; non sine gravi causa: Nam etsi fatendum est, ordinem Justinianæum in Pandectis potissimum, non esse talem, quin melior & Artis professione dignior institui posset, tamen qui operam ludere nolunt, hi primo statim aditu librorum Juris ut siti sunt, compendium animo condere debent; nam, si primo systematicos novos edificant, dein libros Justinianæos tractare cœperint, hæc methodi diversitas fieri non potest, quin confusionem memoriæ neque minus judicii pariat.

6. (e) Constitutum nobis est, ut modo diximus, collocare fundamenta Juris universi, primo, quod est in Institutionibus totum, dein quod in Pandectis occurret diversum a positionibus Institutionum, cujus rei in principio *Pandectarum* ratio exactior erit reddenda. Profitemur universi juris notitiam, non modo quod etiamnum obtinet, sed etiam quod desuetudine inumbratum est; quatenus illud sine hujus summaria intelligentia minus recte percipi potest. Nam hactenus discriminis ratio nobis constat, quod iis, quæ juris antiquati sunt, minus prolixe immorandum putamus, eaque tantum ὡς ἐν παρόδῳ atque *in transitu* considerantus, admonitis de usu diverso temporum auditoribus; Etiam de illis, quæ in capitibus, quorum usus adhuc in ipsis rerum argumentis obtinet, aliter a pragmaticis scriptoribus, inque foro, quàm incorrupta juris monumenta ferunt, accipiuntur. De Praxi universa loquimur, non de moribus singularium locorum de quibus agendi finis non esset. *Frisiæ* tamen instituta discrepantia a Jure Romano quandoque commemorabimus, cum quia pauca sunt, tum quod eadem, quæ heic a jure Cæsaris abeunt, ubique fere per *Europam*, quæ Romanas leges agnoscit, haud dispari modo se habent.

7. (f) Non pollicemur institutionem Controversiarum, sed fundamenta causasque juris certi, & tamen, quia optimum factu est, disputandi argumenta, sive defendas, sive quid oppugnare velis, ex originibus rationibusque Juris certi petere, ut in quotidianis exercitationibus demonstrare non desinimus, operam quoque dedimus, ut hæ positiones ita conciperentur, quo semina quæstionum seu controversiarum decisionumque sic iis inessent, ut facile detegi atque produci queant, adeoque nulla facile celebrior occurrat disputatio, quæ non heic breviter valideque collocata sit. Observationes equidem historicas humaniorumque literarum non capiebat hujus instituti modus, ideoque eas in Digressionum opus solum pridem secrevimus. Ipsam institutionem a propriis suis principiis educi oportere credidimus, non omissis tamen ex historia vetere, Philosophia morali, subinde quoque e Philologia, quæ ad intellectum Artis requiri videbantur.

8. (g) Jurisprudentia sine dubio Practica disciplina est: nec tamen absurde studium ejus Theoreticum vel Practicum dixeris; quorum illud in scholis, hoc in foro tractatur: illud in cognitione, hoc in applicatione consistit. Jus novit, qui scit leges earumque quæstiones, rationes, & conciliationes, *l.* 17. *& seqq. de LL.* Ap-

(b) *Pos.* 3. & 4. (c) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 6. 7. (e) *Pos.* 8. (f) *Pos.* 9. (g) *Pos.* 10. 11. 12. *ad proœm.*

Digitized by Google

Applicat jus, qui de singulis facti speciebus, quid ex legibus statuendum sit, judicat. Cognitio ex libris a Justiniano editis petenda est. Hic enim, quod Cæsar Dictator agitavit de jure civili, teste Sueton. *in ej. vit. c.* 44. quod Hadrianus perfecit in Prætorio, feliciter absolvit in utroque, ut ex immensa multiplicis Juris mole, pauca & probatissima seligeret, eaque in certos conferret libros, qui hodie quatuor extant: *Institutiones*, *Pandectæ*, *Codex*, & *Novellæ*. His jungenda *Statutorum*, quæ in sua cujusque patria sunt, notitia, magis in foro quam in Schola; nec tamen ea cognitio non facit partem Theoriæ potius quam Studii practici: nosse Leges non potest non esse theoreticum, ut diximus: applicationem ad omnigenas facti species, quæ praxeos est, hic perinde usu venire, manifestum est; Nec enim, quia discrepat ab Arte Justiniani, idcirco notitia Juris hodierni magis quam Antiqui Juris studium, a justi injustique scientia separanda erat.

9. (h) Omnium primo Justinianus, altero Imperii sui anno, æræ Christianæ 528. componi jussit Codicem antiquum, in quo collectæ fuerunt Constitutiones Principum, qui ab Hadriano ad sua tempora floruerant. Hic anno sequenti est editus. Mox anno 530. compilari jussit *Pandectas*, quæ sunt excerpta e commentariis Jurisconsultorum, qui præcipue sub Antoninis Cæsaribus scripserunt. Editæ sunt anno 532. die XVIII. Xbr. cum paucis ante diebus essent promulgatæ Institutiones, ut liquet e subscript. *Proœm. Inst. & subscr. l.* 2. *C. de Vet. Jur. enucl.* Compositæ tamen sunt Institutiones post Codicem & Pandectas, ut idem scribit in §. 2. & 3. *Proœm Inst.* Dein Codicem recognovit multisque locis emendatum & auctum dici voluit *Codicem repetitæ prælectionis*; qui exiit anno 534. Exinde prior Codex neglectus periit, & hoc repetito utimur. Postremus, omnium liber *Novellarum* prodiit, in quo multa reliquorum librorum mutata videmus.

10. (i) Nam sciendum est, leges librosque posteriores derogare prioribus, *l. ult. D. de Constitut. Princip.* Unde & Codex Pandectis prævalet in his, quibus dissentiunt. Nam Constitutiones Imperatorum recentiores sunt Jurisconsultorum commentariis, & tempore pleræque & genere doctrinæ; Unde & Jus Pandectarum passim vetus & antiquum appellatur, *d.* §. 2. *Proœm. Inst.* §. 1. *de confirm. Digest.* Quin & illa, quæ ex veteri Codice sunt transcripta & ante Pandectas promulgata, sæpe tamen his derogant. Exemplo sint tituli Codicis *de bonis maternis*, de *bonis quæ liberis*; nam bonorum maternorum atque adventitiorum proprietas, in *illis titulis* addicitur liberis, qui in potestate Patrum sunt, quæ in Pandectis pleno jure Parentum erant, *l. placet* 79. *ff. de Acquir. hered.* confer *l.* 12. *C. de Sentent.* cum *l.* 48. *D. de re judic.* ubi, olim sententiæ tantum latine, hodie quoque græce proferri possunt. Item *l.* 1. §. 18. & 19. *D. de collat.* cum *l. ult. C. eod.* ubi, olim adventitia bona conferebantur, hodie non conferuntur. Leges istæ e Codice allegatæ, sunt e Codice antiquo sumptæ, ut e subscriptionibus apparet, & tamen continent Jus recentius Pandectis. Factum id Compilatorum incuria, dum quæ pridem per Constitutiones erant abolita, Pandectis inseruerunt. Plura dicentur hac de re *ad tit. ff. de orig. Jur.* Quin & Institutiones mutant Pandectas, quoties palam est, jus novum in illis memorari, at cum simpliciter, ut plerumque fit, e veteribus libris describuntur, si qua tum sit a Pandectis discrepantia, fatendum est, hanc esse contrarietatem: Nisi dicere malis, Institutiones, quatenus e Pandectis sunt desumptæ, his cedere debere, tanquam auctoritatibus sive *authenticis* suis, extra quam, si manifestus est Cæsar abrogationis; tum, inquam, *Pandectæ potius prævalebunt*. Qui in Germania positiones nostras edidit, *cum scholiis suis, D. Christianus Thomasius*, modestia doctrinaque sua meruit, ut eas heic insereremus additis, ubi res postulat, responsionibus nostris. Is ad hæc ultima verba sic notat;

SCHOLIUM.

Casum vellem adduxisset Autor. Forte respexit ad §. *cum ex aliena. Inst. de R.D. & l.* 7. §. 7. *de A. R. D. neque sic tamen dixerim, Pandectas prævalere; sed potius Institutiones heic erunt ex Pandectis supplendæ. Ergo ego potius dicerem, semper Institutiones tanquam posteriores derogare Pandectis, modo contradictione constet.*

RESPONSIO.

Ratio prius reddenda fuerit dicti nostri, quæ hæc est, quod Institutiones sint compendium ex latioribus Digestorum libris & ex Codice desumptum; quod ubi simpliciter sine ullo mutationis instituto fit, res vult, ut authentico major sit fides, quam exemplari, & discrepantia tunc ab errore contrahentium esse videatur, arg. l. 2. de fid. Instrum. l. 3. C. de diversi. rescr. & pragm. sanct. *Exemplum satis idoneum in scholio allega-*

(h) *Posit.* 14. (i) *Pos.* 15. 16. 17.

Digitized by Google

gatum est; nam excussio frumenti ex alienis spicis ponitur ut casus specificationis in §. 25. Inst. de R. D. *negatur esse specificatio in l.* 7. §. 7. de A. R. D. *quæ sunt contrariæ positiones. Alia vid. apud A. Matth. coll.* Inst. 2. disp. 1. th. 2. *Id facile concedimus, causam, qua Pandectæ præferuntur Institutionibus, hanc esse, quod pleræque res in illis plenius & accuratius tractantur & explicantur; ut sententia scholii & nostræ positionis hoc modo a conciliatione non abhorreant.*

N. ADDIT.

Bonum factum, bonum omen. Prima responsio Autoris conciliationem intendit, non pugnam. Nec repugno. Si enim expositionem mentis suæ Autor in positionibus, imo in ipsis prælectionibus, (usus enim tum fui editione prælectionum ad Instituta, quæ prodiit anno 1678. *in qua plane nihil de hac quæstione extat) tam perspicuam fecisset, ut hoc loco, etiam mihi Scholion superfluum fuisset visum. In mea vero thesi respexi potissimum ad exemplum, quod est* in §. si quis in aliena. 34. de R. D. *junct.* l. in rem. 23. §. sed & id quod. 3. ff. de R. V. *& similia, ut tum v. g. quis non putet, Pauli locum prævalere Institutionibus, aut textus Digestorum, ut eos cum Institutionibus conciliet, torqueat contra leges bonæ Interpretationis, uti etiam illi textui Paulino a non paucis factum.*

11. (k) Antinomias autem, hoc est, leges contrarias negat Imperator extare in suis libris, utique iisdem, *l.* 1. §. 8. *l.* 2. *in princip. C. de Vet. jur. enucl.* & e re foret jurisprudentiæ, credi nullas dari; vix tamen est, quin aliquæ, licet paucæ, relictæ videantur, quibus nullum ingenium sufficiat conciliandis. Ipse etiam Cæsar hac parte sibi diffidere videtur *in l.* 1. §. 4. *l.* 2. §. 14. *&* 16. *& l.* 3. §. 15. *eod. tit.* Eligamus igitur ἀριστοτελικῶς mediam sententiam, nec multas *dari, nec nullas*: Non *nullas*, ne τῶν ἀδυνάτων ἐρᾷν, *impossibilia* conari videamur; *nec multas*, ne Artem & fidem Cæsaris prostituamus, monitumque ejus, quo subtili mente differentias causarum indagemus, potius diligenter custodiamus.

12. Ex his libris petenda civilis scientia. De methodo si quis roget, initium haud dubie ab Institutionibus faciendum; in quo felices prædicantur Juris Studiosi, quod prima legum cunabula ab Imperiali splendore percipiant, §. 3. *d. proœm.* & habent hoc præ auditoribus aliarum artium, qui omnes novitiis institutionum manualibus utuntur; Nostrarum idem est Autor, qui universæ disciplinæ; quod magni refert, fonti quam rivis primo esse imbutum. Methodus alioquin est optima sine dubio, quæ simplicissima; & est simplicissima, quæ ordinem ab juris conditoribus servatum boni consulere, quam aliis insuescere mavult.

13. (l) Sunt Jurisconsulti, quibus pulchrum videtur, nævos Artis, si qui sint, in lucem protrahere; quos & heic objicientes videas Imperatori, quod falso prædicet, nihil inutile aut obsoletum in Institutionibus contineri, §. 3. *d. proœm.* multaque ut antiquata ex iis colligunt; sed nullo merito; aut enim diu post editas Institutiones ea sunt abrogata, ut quæ de successione ab intestato referuntur in *lib.* 3., aut præmittuntur ὡς ἐν προθεωρίᾳ, sicut loquitur *Theoph.* ut illustretur jus novum, quod sæpe aliter intelligi nequit, ut exemplo fideicommissorum historiæ liquet, in *tit. de fideicommiss. hered.* idque aperte Justinianus profitetur §. 5. *d. proœm. Diss.* A. Matth. *disp.* 2. *fundam. jur.* Wissenbach. *ad hoc proœm. th.* 6.

14. (m) Quod autem Institutiones *totius legitimæ scientiæ prima elementa* dicuntur §. 4. *d. proœm.* id de plerisque scitu maxime necessariis, non de omnibus Juris capitibus intelligendum, ut ex collatione Pandectarum & Codicis liquet: Quin & in institutionibus repeeriuntur, quæ neque in Codice, nec in Pandectis exstant, ut de inventione Codicillorum, *pr. Inst. de codicill.* de tribus generibus testamentorum, §. 1. *de testam. ordin.* catalogus actionum bonæ fidei, aliaque pauca, de quibus Cujac. *l.* 11. *observ.* 36.

15. Quæ præterea in suo Proœmio Justinianus præfatur, illic legi possunt. Summaria sunt hæc;

16. Primo, thesis collocatur hæc; in Principe requiritur, ut sit ἀμφότερον, βασιλεύς ἀγαθὸς, κρατερός τ' αἰχμητής. Prudentia duplex, belli & pacis, *in pr.*

17. Hanc Justinianus præstitit, devictis barbaris atque editis legum libris., §. 1.

18. Hi sunt, Codex antiquus primo, deinde Pandectæ, §. 2.

19. Tertio Institutiones, §. 3. in quatuor libros divisæ, §. 4. & compendium juris antiqui novique exhibent, §. 5.

20. Neque tantum præbent scholasticæ institutionis usum, sed & legum vim plenam obtinent in foro, §. 6.

21. Subjicitur adhortatio ad studium juris alacre, spe præmiorum amplissima.

TIT.

(k) *Pos.* 18. (l) *Pos.* 19. (m) *Pos.* 20.

Digitized by Google

T I T. I.

De Justitia & Jure.

Methodi ratio. Definitio Justitiæ explicata. Divisio Justitiæ secundum diversitatem juris tribuendi. Vulgata divisio in universalem & particularem examinatur. Jurisprudentia finitur & definitio explicatur. Item jus, quot modis potissimum accipiatur. Ratio docendi juris in Principio. De tribus Juris Præceptis. Divisio Juris; In naturale & positivum &c. In Publicum & Privatum. Quare hæc divisio præcedat eam, quæ est in tit. seq.

(a) CUm Jus ex Justitiæ fonte manaverit, eademque sit finis juris supremus, dantur, quam *extra* illam, ut cives ad justitiæ regulam actiones suas instituant; ordine facit Justinianus, quod eam primo loco finivit. Ita enim in disciplinis, quas appellamus Practicas, fieri solere accepimus, ut a fine ad media progrediamur, sicut in Ethicis primo de summo bono, tum de virtutibus, quibus illud adsequamur, agi videmus; hanc methodum vocant *analyticam*. In aliis artibus a simplicibus ad composita procedimus, ut in grammatica primo de literis, a literis ad syllabas procedimus, a syllabis ad integra vocabula eorumque etymologiam, exinde ad compositionem periodi integræ pergunt Magistri. In physicis inde a primis rerum initiis ad mixta corpora, tandemque ad universum mundum; hæc est, sicut ajunt, methodus *synthetica*.

2. *Justitia*, inquit Justinianus, *est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, *pr. h. t.* (1) Voluntatem recte capies in sensu populari, pro consilio & proposito. Communiter metonymice pro voluntatis habitu accipitur; Sed quid opus tropo, vel lite, cum Philosophorum illis, qui virtutis sedem in appetitu, non in voluntate collocant, ut disputat quasi & contra nos Picolomin. *gr. Philosoph.* 4. *c.* 12. *Constans & perpetua* dicitur ex mente Veterum Philosophorum, qui sapientem ἀναμάρτητον, peccati expertem volebant. Etiam Cicero 1. *de Legib.* virtutem appellat constantem & perpetuam rationem vitæ, nec aliter Aristoteles *ad Nicom.* 3. & 4. Nos, qui scimus, justum cadere septies, non male sensu Christiano dicemus, Justitiam ita finiri generaliter, qualis esse debet, non cujusmodi in singulis hominibus esse solet; vel dic, constantiam affectu, non effectu. [illegible] injuste, at injustus non est, Arist. 5. *Nicom.* 6. Quid *constans & perpetua* differant, *vid. l.* 1. *Digress. c.* 7.

3. (b) *Jus*, quod Justitia cuique tribuit, est duplex; Unum, quod plene & perfecte nobis competit; veluti quod in dominio & in credito est, nec non pœnæ delictorum; alterum, quod imperfecte & probabiliter ad nos pertinet; veluti præmia ad bene merentes, honos ad digniores, stipes pauperum. Prior species, quæ ad hanc Artem præcipue pertinet, dicatur *Expletrix*, altera sit *Attributrix* Justitia. Grotius hos terminos invenit, opinor, *lib.* 1. *de Jur. Bell. & Pac. c.* 1. §. 8. tametsi doctrina est veterum. Nam Cicero nihil aliud voluit, quando Justitiam esse dixit, quæ cuique jus suum & dignitatem tribuit, 2. *de Invent.* & 3. *ad Herenn. a pr.* Per jus intelligit facultatem perfectam aliquid habendi agendique; Per dignitatem ea, quæ se quisque probabiliter mereri putat, exigere tamen non potest, qualia & Aristoteles ad ἀξίαν refert, 5. *ad Nicom.* 1. & 2.

4. Nescio, an per hanc divisionem carere liceat distinctione Aristotelica Justitiæ in universalem & particularem; quæ sane divisionis proprietatem tueri non potest; Etenim universalem Philosophus 5. *ad Nicom.* 1. ait esse ὅλην τὴν ἀρετὴν, *virtutem in genere*, vel saltem exercitium virtutis universæ, τελείας ἀρετῆς χρῆσιν; particularem, quæ cohibet τὴν πλεονεξίαν, id est, cupiditatem habendi plus quam ad se pertineat. Non potest esse divisio, cujus una species sub se continet alteram. Sed hac partitione in *Expletricem* & *Attributricem*, bene planeque exposita, videbimus equidem, pleraque virtutes in

(a) *Pos.* 1. 2. 3. (b) *Pos.* 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11.

(1) *Conferri possunt ea quibus Auctor hanc definitionem defendit in Eunom. Rom. ad* l. 10. ff. de Just. & Jure. *Observandum quoque eam ex principiis philosophiæ moralis Stoicorum, quibus omnis virtus adeoque & Justitia in constante & perpetua voluntate posita videbatur, derivari*, Hein. elem. jur. sec. ord. inst. §. XIX.

Digitized by Google

in Justitia exerceri & in plerisque coerceri πλεονεξίαν, modo hoc vitium non spectet duntaxat τὴν ἡδονὴν τοῦ κέρδους, *lucrum pecuniarium*, ut vult Aristoteles, sed omnem malam cupiditatem, quæ alterum in qualibet re quovis modo lædit. Simul evanescere videtur distinctio commutativæ ac distributivæ Justitiæ, proportionisque Arithmeticæ & Geometricæ. Non quod illa falsa aut inutilia sint, verum quod hæc divisio clarior & simplicior, & efficacior ad docendum videatur. Tu vide sis positiones *ad ff. h. sh. 2. & seq. &c.*

eoque tendit, est *divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*, §. 1. *h. t.* (2) Res divinæ & humanæ non omnes, nec absolute huc referuntur, sed verba *justi & injusti*, cum prioribus jungenda sunt, ut intelligas, *quatenus* in illis quæritur de justo & injusto; veluti, an res sacræ, sanctæ, religiosæ possint alienari; quid juris habeat Ecclesia in Republica; an hæreticos punire liceat, & similia. Hoc modo intelligimus, etsi hic definitiones duæ cumulari videantur, esse tamen unam eandemque definitionem, quæ genere differentiaque sua constat, ita ut genus sit, *divinarum atque humanarum rerum notitia*; differentia in his verbis, *justi atque injusti scientia*, intelligatur.

6. Videmus, Jurisprudentiam sæpe Jus dici, ut hac *Rubrica*, *junct.* §. 1. & 3. Proinde nota sis, Juris vocabulum pluribus modis dici. 1. Significat qualitatem moralem aliquid juste habendi aut agendi: Ita *jus* modo collocatum est in definitione Justitiæ. 2. Significat id, quod æquum & bonum est, *l. pen. D. de Justit.* 3. Idem est quod Lex latissime sumpta, quæ est Regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est, Grot. *d. cap.* 1. §. 9. 4. Denotat Artem boni & æqui, hoc est disciplinam, quæ dat præcepta servandæ justitiæ. Hoc sensu coincidit Jus cum Jurisprudentia; Proinde & hæc est *Ars boni & æqui*, *l.* 1. *in pr. D. de Justit.*

7. (d) Institutionibus ediscendis Imp. vix ultra semestre tribuit, §. 2. *proœm. Dig.* in quibus vulgo proram & puppim studiorum collocant. Id dubio procul est, primo levi & simplici via, tum ad difficiliora progrediendum, §. 2. *Inst. de J. & J.* Proinde qui tyrones prolixis ἀναγωγαῖς & antinomiis distrahunt, male de iis merentur, nec suaserim titulis de Verborum significatione & de regulis Juris initio memoriam onerari; quia concisi textus ignaris terminorum juris cum fructu vix leguntur, sed optime singulis Artis capitibus applicantur. Cæterum, prima Institutionum lectione fundamenta Juris exacta ponenda; omissis disputationibus, quæ secundis curis modice discutiantur, non conquisitis pro, & contra, ut ajunt, ratiunculis, aut legum ἐναντιοφανίαις, quo nihil inutilius; sed quæ ex ipsis erutæ principiis, fundamenta Artis stabiliant tus erit ratio: τῶν μὲν βαθυτέρων ἀπεχόμενοι ζητημάτων: τῶν δὲ ἁπλουστέρων συμμέτρως τομαζόμενοι, ut ait Prophyr. εἰσαγ. *princ. Altioribus quidem abstinendo quæstionibus, simpliciora vero convenienter exequendo.* Sic tamen, ut passim, non τὸ ὅτι tradere contenti, etiam τὸ διότι causasque rerum indagare studeamus.

8. (e) Præcepta Juris tria collocantur *in* §. 3. *h. t.* Scilicet, *honeste vivere*, *alterum non lædere*, *suum cuique tribuere*. (3) Primum non modo est regula vitæ, sed etiam indicat propositum Juris Conditorum, quod nihil in Arte bonis moribus adversum tradere velint. Unde rerum inhonestarum nulla obligatio, nulla facultas, *l.* 57. *π. Pro socio. l.* 26. *cum l. seq. de V. O.* Pulchre Papinianus, *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*, *l.* 15. *de Condit. Inst.* Reliqua duo exprimunt officium hominis justi, & si rem expendas, ferme eodem redeunt. Tullius pari modo loquitur in *lib.* 2. *off. c.* 31. Fundamentum justitiæ primum est, ne cui noceatur, Item *tueri homines l.* 1. *c.* 157. Rursus, *non violare homines*, *l.* 2. *c.* 99. An autem ars nostra hæc præcepta ubique præstet atque custodiat, alia & prolixa quæstio fuerit, quam heic pluribus exequi nihil attinet; quando & capita juris, de quibus hoc problema ventilatur, hæc initia discentibus adhuc incognita sunt. Proinde suis quæque locis, ubi res feret, examinentur. Tu Vide sis *Part.* 2. *Digress. lib. I. cap.* 2. *& seqq.*

9. (f) Sequuntur species Juris, quas Imperator *positiones* vocat, §. *ult. h. t.* & primo quidem duas ponit, Publicum jus & Privatum. Etsi contentus esse poterat Juris studiosus intel-

(c) *Pos.* 13. 14. 15. (d) *Pos.* 16. 17. (e) *Pos.* 18. 19. (f) *Pos.* 20. 21. 22. 23. 24. 25.

(2) *Hanc quoque definitionem Stoicam & a jureconsultis, addita differentia specifica:* Justi atque injusti scientia, *Jurisprudentiæ tributam esse, merito observat* Hein. in elem. Jur. secund. ord. inst. §. xxv.

(3) *Et hæc Stoica esse Thomasius* in not. ad Inst. h. t. *recte monet.*

intelligere partitiones Justiniani, tamen ut melius impleat officium Artis, quæ res divinas & humanas profitetur, haud abs re erit, divisiones Juris altius paulo repetere, fere sicut in scholis usurpantur. In summa jus est *Naturale* vel *Positivum*; illud, quod cum hominibus natum, hoc, quod inter homines *positum* & constitutum est, aliter *voluntarium*. De naturali agetur in *tit. seq.* Positivum, sive voluntarium est, vel divinum vel humanum. Prius, quod a voluntate divina originem habet. Estque vetus, aut novum. Vetus Hebræis per Moysen a Deo præscriptum fuit. Novum habemus ex ore Christi & Apostolorum; nam & hi in nomine & spiritu Domini sui juris auctores cognoscuntur; juxta Paulinum illud, τοῖς δὲ λοιποῖς ἐγὼ λέγω, οὐχ ὁ κύριος *Reliquis ego, non Dominus edico*, 1. *Cor.* 7. ℣. 12. scilicet ea ratione, quam præfert. *in fin. d cap.* δοκῶ δὲ πνεῦμα Θεοῦ ἔχειν, *puto me spiritum Dei habere*.

SCHOLIUM.

Ad hæc verba; *vetus aut novum.* ita & *Grotius lib.* 1 *c.* 1. *sed novum Theologi nostrates non agnoscunt, quia Christus non venit, ut legem tollat, sed ut eam adimpleat. Mallem autem in divisione legis divinæ ita procedere &c.* quæ heic referre nihil attinet.

RESPONSIO.

Credo, nullum esse momentum discriminis inter Theologos nostrates & vestrates. Nos vetus & novum jus eodem fere sensu intelligimus, quo testamentum vetus & novum, fœdus antiquum & novum; quod revera est idem; nec enim plura testamenta condidit Deus per Christum, & fœdus gratiæ est idem cum Abrahamo, cum Mose, cumque fidelibus post Christum, etsi œconomiis distinctum, unde veteris novique discrimen. Quid? Quod Dominus JESUS *ipse* jura sua nova laudat, ἐντολὴν καινὴν δίδωμι ὑμῖν, do vobis præceptum novum, Joh. 13. ℣. 34. Idem alibi, Audivistis dictum esse veteribus; ego vero dico vobis &c. Jus vetus *ipse scholiastes in morale, forense & cæremoniale distinguit; horum duas species fatetur esse obsoletas, ergo jus Mosaicum recte* vetus *appellatur, cujus duæ partes sunt abolitæ; cum juris Christi, quod in charitatis exercitio totum est, nulla pars obsoleverit. Tale vero novum jus, quod arctius obliget, quam lex antiqua moralis obligavit Hebræos, hodie non dari concedimus*; etsi Grotius *inde forsan non est alienus*.

N. ADDIT.

Par est, ut Autori reddatur, quam in responsione ad præcedens scholium exhibuit, humanitas. Scilicet hac ejus explicatione adhibita, nullum amplius inter me & ipsum esse dissensum. Præprimis cum circa divisionem legum divinarum sententiam meam tum temporis in dicto Scholio propositam jam mutaverim, vid. observ. selecti. Halens. Tom. VI. observ. 27.

Porro jus vetus est vel morale vel cæremoniale; hoc typis Christi constabat, quod hic cruci adfixit, προσηλώσας τῷ σταυρῷ, ut Apostolus efficaci figura loquitur *ad Col.* 2. ℣. 14. cum enim hæ fuerint umbræ corporis Christi, per hujus ἀνάφανσιν & existentiam corporalem, atque passionem, quam figurabant, evanuerunt.

SCHOLIUM.

Hic sub voce moralis *Autor etiam forense includit, contra usum consuetum Theologorum.*

RESPONSIO.

Verum est, communiter jus Mosaicum in tres species distingui, morale, cæremoniale, politicum: qui termini cum sint ἀδιόσποτοι, commenta scholæ, nulla religio fuit διχοτομεῖν, eademque sententia duas facere species summas, morale & cæremoniale, politicum sub morali comprehendentes, ut habet notissima locutio, qua non modo Ethicam, sed etiam Politicam & Jurisprudentiam vocamus doctrinam moralem, *maxime cum id ita in omnibus aliis gentium legibus usu veniat*, ut ex sequentibus apparet.

N. ADDIT.

Nec hic est, quod contra Autorem pugnem, qui responsione sua non habuisset opus, cum scholium meum non intenderit ejus censuram, sed explicationem. Et notum est, quid ipse de communi divisione legis divinæ in moralem, cæremonialem & forensem sentiam, ex dissert. de crim. bigamiæ & lib. I. Instit. Jurispr. divinæ.

Morale jus Mosaicum, est vel commune cum aliis gentibus, vel proprium Judæis, sicut *omnes populi, qui legibus, & moribus reguntur; partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur, ait Imperator in* §. 1. *tit. seq.* Communia moralia sunt in decalogo, si quartum præceptum excipias. Propria sunt politica & ad statum Reipub. Hebræorum inflexa. Communia sunt perpetuæ obligationis, non quatenus sunt leges propriæ; nam harum politica ratio & obli-

Digitized by Google

obligatio est; sed quatenus eorum argumenta nobis hodieque conveniunt. Sabbatum excepimus, non quod infinitam disputationem de religione Sabbati nostram faciamus; sed quia palam est, illud præceptum non fuisse applicitum omnibus populis, ut reliqua præcepta. Loquatur Augustinus; *In illis igitur decem præceptis, excepta Sabbati observatione, dicatur mihi, quid non sit observandum a Christiano? de Sp. & lit. c.* 14.

Ita divinum jus dividitur. Humanum est vel gentium vel civile, de quibus speciebus locus erit agendi *tit. seq.*

S C H O L I U M.

Hanc opinionem & Grotius lib. 1. *c.* 1. & D. Rachelius differt. peculiari de jure Gentium *defendit. Nos vero cum Dn. Pufendorffio jus Gentium pro specie juris Naturæ agnoscimus.*

R E S P O N S I O.

Egimus hac de re in lib. 5. Digreff. cap. 9. ubi in fine *dedimus exempla juris Gentium, quæ ad jus naturæ commode referri non possunt; ut res alibi judicatæ in alienis territoriis effectum habeant, ut contractus vel testamentum uno loco recte celebratum, alibi contra leges locorum, valeat, utilitas communis gentium introduxit, penitus tamen a jure naturali remotum esse videtur.*

N. A D D I T.

Sed ipse tamen Autor allegato digressionum loco §. 3. *satis perspicue asseverat, quod non amplius audeat, se dissentientem a Pufendorffio profiteri. Igitur & hoc loco inter nos non erit dissensus. Quod vero exempla in hac responsione allegata concernit, ad ea facile responderi poterit, notando variam homonymiam juris Gentium.* Vide latius dicta alibi in Instit. Jurispr. div. lib. 1. c. 2. §. 101. seq. & in Fundam. juris nat. & gent. l. 1. c. 5. §. 65. seq.

10. (g) Redeamus ad divisionem Justiniani; Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. *Status rei Rom.* est idem quod Respubl. quæ nihil est aliud quam τάξις πόλεως, Arist. 3. *Polit.* 4. quod Tacitus vertit, *status civitatis* 1. *annal.* 4. Consistit in sacerdotibus & Magistratibus ordinandis, *l.* 1. §. 2. *D. de Justit.* hoc est, in rebus ad functiones eorum pertinentibus; Prorsus, ut hodie dicimus, jura Imperii esse vel sacra sive Ecclesiastica, vel Civilia, ut plerique Juris Publici Scriptores capita Majestatis partiuntur. Maxime tamen in Civilibus jus publicum utique nostrum versatur, hoc est, in omni administratione pacis & belli, quæque plura ferunt Consistoria summarum potestatum. Jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet, atque consistit in forensibus controversiis de meo & de tuo. Hoc ipsum crebro publicum jus vocatur, *l.* 38. *D. de pact. l. ult. de suis & legit. hered.* quatenus *publice* omnibus patet omnesque obstringit. *l.* 8. *D. de legib.* Sueton. in *Aug. cap.* 40. Ratione igitur auctoritatis, usus & obligationis, conveniunt privatum jus & publicum. Differunt ratione objecti, quod hic est *publica res*, ibi privatum patrimonium. Eleganter hoc discrimen elucet in Tutela, *l.* 9. *D. de his, qui sui vel al. jur.* ubi tutela publicis muneribus adcensetur, juncta *l.* 6. §. 15. *de Excusat.* ubi negatur esse Reipublicæ munus.

11. (h) Cæterum, esse Jus publicum speciem juris civilis, definitio arguit; quanquam aliud est publicum, quod inter diversi populos imperii obtinet, de quo nos exile specimen alias dedimus *libris de jure Civitatis*. Sed quamobrem tradit Imperator hanc divisionem ante positiones juris Gentium & Civilis, quæ mox sequentur? Quia Cæsar in his libellis tantum de jure privato agere volebat. Ideo mentione juris publici primo loco facta, hoc commode a tergo relinquit; ut de privato continua dictione uti queat. Consequenter jus privatum ait esse collectum e naturalibus præceptis, aut Gentium, aut Civilibus; non quod de jure publico id neget, verum quod nihil attinebat, de eo hoc ingeminare, quod jam transmiserat.

(g) *Pos.* 26. 27. 28. 29. 30.

(h) *Pos.* 31.

TIT.

Digitized by Google

T I T. I I.

De Jure Naturali, Gentium, & Civili.

Definitio Juris Naturæ Justiniani explicata & Vindicata. Jus Gentium definitur & dividitur. Jus Gentium primævum idem cum jure Naturæ, ejusque repetita definitio. Juris Civilis definitio & a jure municipali distinctio. Juris Civilis divisio prima. Altera. De Lege, Plebiscito, & Sc̃to. De Principum Constitution. De Præt. Ed. & resp. Prud. Juris non scripti divisio & requisita. Mutabilitas & Immutabilitas juris. Deque objectis ejus.

(a) JUs Naturæ ait Imperator esse, quod Natura omnia animalia docuit, in *pr. h. t.* (1) Idemque callidus Philosophiæ tradit Ulpianus in *l. 1. §. 3. Dig. de just. & jur.* Non puto id velle Viros sapientes, quod omnes in illis irrident, bruta jus capere, quæ Hesiodus ait Ἐ᾽σθέμεν ἀλλήλους, ἐπεὶ οὐ δίκη ἐςὶ μετ᾽ ἀυτῶν. *Ipsa suos comedunt, quia nullo jure reguntur.*

Sed jus Naturæ vocant illa principia, quæ natura nobis induit inolevitque, dicta veteribus τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν, *Prima Naturalia*, de quibus differit Taurus apud A. Gell. *l. 12. c. 5.* & ex quibus animal, simul ac natum est, fertur ad conservationem sui, tam bestia quam homo, ut Tullius 3. *de fin.* copiose docet; quo pertinet procreatio, amor & educatio sobolis, defensio sui, studium libertatis & similia. Nam ex hisce principiis, quatenus bestiis etiam conveniunt, ducuntur rationes, quæ faciunt Juris conclusiones; Quarum exemplum dedit M. Tullius in defensione Milonis, quem ideo Clodium jure cecidisse contendit, quia corporis sui tuendi causa eum percusserat, secundum *Legem non scriptam, sed natam, quam feris Natura ipsa præscripsit*. Videmus illas regulas, quæ & quatenus cunctis animantibus sunt communes, juris habere effectum inter homines; Hoc sensu jus sunt. Ipsa bruta non exercent jus, nisi quatenus μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, *imitamenta vitæ humanæ*, juxta Arist. 9. *hist. anim.* 7. & simulacra virtutum, Cic. 2. *de finib.* illis adscribuntur. Cum tali abusu, mente tamen paulo diversa, dixit Cæsar in *fine pr.* cætera quoque animalia istius juris peritia censeri ex *d. l. 1. §. 3. in fin.*

2. (b) Jus Gentium est, *quod Naturalis ratio inter omnes homines constituit*, §. 1. *h.* Hoc igitur ita est hominibus proprium, ut brutis ne quidem imago ejus & τὸ materiale, ut ita loquar, adscribi possit. Paulo aliter Grotius definit *Jus Gentium, quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit, lib. 1. de J. B. & P. c. 1. n. 11.* Oritur autem ex ratione naturali, aut immediate, aut consequenter.

3. (c) Quod ratio immediate dictat, hoc jus Gentium *Primævum* vocatur, & finiri potest cum Cicerone, 1. *De Legib. Ratio summa, insita a natura, quæ jubet ea, quæ facienda sunt, prohibetque contraria.*

S C H O L I U M.

Possumus equidem hanc Ciceronis descriptionem tolerare, sed tanquam oratoriam; aliam dedimus ad tit. præced.

R E S P O N S I O.

Non tantum oratoriam, sed etiam jure suo philosophicam esse hanc definitionem, probavimus in lib. 5. Digress. cap. 5. & seqq.

N. A D D I T.

Cur illo tempore Ciceronis definitionem pro philosophica habere non potuerim, patebit ex iis, quæ docui in Instit. Jurispr. div. l. 1. c. 1. §. 28. seq. & toto cap. 2. *Postquam verò homonymiam legis distinctius consideravi* in Tom. VI. obs. Hallens. obs. 27. & in Fundam. Juris nat. & G. l. 1. c. 5. §. 2. seq. *etiam in hac quæstione non amplius dissensus inter Autorem & me erit, ut scholio sit opus.*

Estque illud ipsum, quod Apostolus ad *Rom.* 2. ℣. 15. νόμον γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις, Le-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. 4. 5.

(1) *Stoicorum hæc fuit sententia, quibus juste vivere erat secundum naturam vivere; natura vel hominibus cum brutis communis, vel solis hominibus est propria. Ex communi jus naturale, ex hominibus propria Jus gentium derivabant. Unde dici nequit veteres brutis tribuisse rationem.* Conf. Hein. in elem. inst. ad h. t.

Legem cordibus inscriptam, Plato 8. *de Legib.* νόμον ἄγραφον, Legem non scriptam, scilicet ab homine, appellat. Ad hoc jus primævum referuntur, Religio erga Deum, pietas erga patriam & parentes, & omne discrimen turpis ac honesti. Jus Gentium secundarium est, quod *usu ita exigente ac humanis necessitatibus est introductum*, §. 2. *h. t.* quo pertinent dominia, imperia, bella, servitutes, & plerique contractus, *l.* 5. *D. de Just.*

4. (d) Jus Gentium Primævum proprie & plene dici potest Jus Naturale, quia non instinctus Naturæ, qualis est in brutis; sed ratio Naturalis jus facere potest; cum hoc sit regula actuum moralium, quam de bestiis prædicare absurdum fuerit. Hinc idem Cæsar noster, Juris Naturæ vocabulum cum jure Gentium confundit, §. 11. *infr. de A. R. D.* exemplo Gaji in *l.* 1. *D. eod. tit.* sed accuratius, *Naturale* jus est, quod modo ex Cicerone definivimus. Jus Gentium dicitur, *quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit*.

SCHOLIUM.

Sed gentes voluntatem hanc numquam declaraverunt; per modum legis insuper se obligare non potuerunt, quia inter se pares sunt.

RESPONSIO.

Quod attinet ad declarationem, ea satis ex Institutis apud plerasque moratiores gentes receptis liquet, & nominatim ex iis, quæ tit. præced. n. 8. in Resp. ad schol. ult. protulimus. Sed difficultas est in obligatione juris gentium, quæ non videtur esse diversa a præcepto conservandi pacem, quod est juris naturæ, nam mutua utilitas sola non potest addere δύναμιν ἀναγκαστικήν, vim coactivam. Res igitur huc redit quod modo in textu collocatum est; jus naturæ vel oriri e dictamine rationis immediato, ut est discrimen honestorum & turpium; vel per consequentiam, ut sunt dominia, imperia & jura bellorum, cæteraque superius nominata. Quæ prioris sunt generis, dicuntur esse juris naturæ; quæ posterioris, ad jus Gentium referuntur. Exempla vero prioris & posterioris speciei tam evidenter a se invicem differunt, ut priora nomen generis recte sibi vindicent, & posteriora peculiari appellatione distingui mereantur; ut tamen utraque juri naturæ late sumpto recte adscribantur.

N. ADDIT.

Ego vero miror, cur Autor scholion meum non attulerit integrum, præprimis cum in iis, quæ omisit, fere lateat exceptio. Ergo opus est, ut suppleam defectum. Ita vero addideram; Exempla vero juris Gentium, a Grotio, Dn. Rachelio, & ab Imperatore §. 2. *Inst. h. t.* adducta, partim ad jus Naturæ sunt referenda, partim spectant ad jus gentium pro attributo personæ acceptum, quod hujus loci non est, certe esse non debet. *Quod si forte hæc exceptio non quadrat ad omnia exempla, ad quæ hic rursus provocat Autor, reliqua supplenda erunt* ex nova addit. ad schol. ult. tit. præced.

Cæterum, ad jus illud Naturæ, seu Gentium primævum, proprie pertinent ea, quæ ratio morum necessaria jubet aut vetat; verum improprie huc sæpe referuntur, quæ licent, neque repugnant Naturæ, ut tutela corporis, procreatio sobolis, libertas, occupatio ejus quod nullius est, aliæque naturales facultates. Item, quæ ratio suadet ut meliora, non tamen imperat, veluti quod hæreditas proximo sanguini debeatur, *l.* 7. *D. de bon. damnat.* Hinc docendi causa, jus Nat. in proprium & improprium distingui potest. Proprium aliter *præcipiens* vocetur, & est idem, quod definivimus, idque Cæsar intelligit in §. 11. *h. t.* ubi jus naturæ docet esse immutabile, quoniam profectum est a sculptura numinis impressa mentibus; cui jus humanum ut mutabile, sicut homines sunt, opponitur, quodquo sensu accipiendum sit, diximus in *lib.* 1. *de Jur. Civit. c.* 2. *n.* 20. *& seqq.* Improprie dictum, sit vel *permittens* vel *suadens*. Permittens circa ea, quæ, ut dictum, licent, neque repugnant Naturæ, versatur; Suadens, cujusmodi sit, jam perinde dictum est. Quando jus Naturæ a bestiis alienamus, ut faciendum esse diximus, superest illa Juris naturalis definitio, quam modo e Cicerone laudavimus, nisi paulum eam reformare velis, quod Theologos aliquos desiderare video, hoc modo; *Ratio summa, insita mentibus ab autore naturæ Deo, honesta jubens, contraria prohibens.* Vide sis quæ dixi *lib.* 1. *de Jur. Civit. cap.* 2. 3. *&* 4.

5. (e) Jus Civile est, quod quisque populus liber sibi peculiare constituit; sive, quod est Proprium cujusque civitatis, §. 1. *h. t.* Populum & civitatem Justinianus promiscue ponit aliorum exemplo scriptorum & usu linguæ, ut diximus in *lib.* 1. *Digress. cap.* 13. Civitatem intellige, quæ summam habet potestatem, sive Regia seu plurium Imperantium forma, & talem vocamus *liberum* populum, qui nullius alte-

(d) *Pos.* 6. 7. 8. 9. (e) *Pos.* 10. 11. 12. 13.

Digitized by Google

alterius populi vel principis poteſtati ſubjectus eſt, qui non habet *alienigenam Dominum*, *l. 7. §. 1. D. de cap. & poſtlim. rev.* quanquam alias notum eſt, liberos populos iis, qui regnantur imperioque regali ſubjiciuntur, opponi. Proinde municipia, quæ ſunt membra majoris imperii, proprium jus civile non conſtituunt, ſed jure communi Reip. cui parent, utuntur: vel ſi peculiare jus habent, id juri communi non debet adverſari, ſemperque a ſuperiore poteſt abrogari, *l. 9. D. de Lege Rhod. l. 3. §. 5. D. de ſepulchro viol.* At noſtratium jura Provinciarum, quæ ſuperiorem non agnoſcunt, civilia ſunt, & perperam municipalia dicuntur; niſi quatenus Romanum jus κατ' ἐξοχὴν Civile vocatur; Nam hoc reſpectu, cæteras gentes, quæ jus Rom. receperunt, quaſi municipales, leges condere dicimus. Non eſſe tamen eas vere municipales, inde patet, quia derogant juri Romano, quod tantum ſequimur in his, de quibus nihil Statutis populorum eſt cautum: verum ita, ut verba Statutorum ſtricte interpretemur & quam minimum a Jure Romano recedamus, ut fit in omni jure novo. Gail. 2. *obſ. c. 33. n. 9.*

6. (f) Prima Juris Civilis Diviſio ſuppeditari videtur a Juſtiniano in §. 1. *h. t.* ubi, *omnes populi*, inquit, *partim ſuo proprio*, *partim communi omnium hominum jure utuntur.* Ex quibus verbis docendi cauſa, Civile jus poteſt dici purum vel mixtum, vel, ſi te verba Juſtiniani magis delectant, *Proprium* vel *Commune*, quod etiam ego malim. Purum ſive proprium, quod ex mera civili ratione a populo Romano excogitatum & ſtabilitum eſt; mixtum ſeu commune, quod originem & fundamentum habet in jure Naturæ vel Gentium, ſed cui lex civilis aliquid addit vel detrahit, ac ita in jus civile reformat, *l. 6. in pr. D. de Juſtit.* Ad priorem ſpeciem referuntur literarum & verborum obligationes, Lex *Ælia Sentia*, Lex *Fuſia Caninia*, Lex *Falcidia*, SCtum *Vellejanum*, *Macedonianum*, *Trebellianum*, fictiones legum & id genus alia plura. Ad alteram juris ſpeciem pertinent, *Herilis* & *Patria* poteſtas, *Nuptiæ*, *Tutelæ*, *Dominia*, *Teſtamenta*, plerique *Contractus*, exceptis, qui literis & verbis fiunt; De illis mixtis interrogati, unde ſint, reſpondere ſolemus, ortu & fundamento eſſe juris Naturæ ac Gentium, progreſſu & effectu peculiari eſſe juris civilis.

7. (g) Diviſio altera, clarioribus verbis a Juſtiniano expreſſa eſt in §. 3. *h. t.* & *l. 6. §. 1. D. de juſt. & jur.* Jus eſt vel ſcriptum, vel non ſcriptum. Jus ſcriptum Lex appellatur, Jus non ſcriptum Conſuetudo ſeu mores, *l. 32. D. de Legib.* differuntque ita, quod Leges expreſſe feruntur, Conſuetudines e tacita populi voluntate vim obligandi habent; Leges certo, mores incerto autore initioque recipiuntur, *d. l. 32.*

S C H O L I U M.

Ab autore differentiam nolim quærere; utriuſque enim autor eſt is, qui τὸ κύριον gerit in Republ. Quod vero conſuetudinem attinet, mores utentium privatorum, qui incerti eſſe poſſunt, non tam ſunt cauſa juris ſcripti, quam ejus occaſio.

R E S P O N S I O.

Noſtra deſcriptio Romanæ Reipubl., cujus jura legimus, exacte convenit. Quamdiu enim populare fuit Imperium, uſus populi, verus autor & *proxima cauſa juris eſſe potuit & fuit.* Cæſares id etiam libenter egerunt, ut δημοτικοὶ, *populares* viderentur, ideoque libertatis haſce reliquias plebi *conceſſerunt. Puto & alios optimates vel Principes conſentire videri in id, quod populus uſu longævo, ipſis tacentibus, introducit.*

N. A D D I T.

Vereor, ut Autoris hæc reſponſio ſuccurrere valeat defendendæ ejus aſſertioni, quod morum autor ſit incertus, quatenus nempe autor *hic ſecundum reſponſionem denotare debet proximam cauſam juris. Nam ipſe Autor fatetur, uſum populi in Rep. libera eſſe veram & proximam cauſam. At populus non eſt incertus, ſed qui initium fecit & primus actum, ex quo poſtea conſuetudo facta eſt, celebravit, is incertus eſſe poteſt. Verum hic non eſt vera & proxima cauſa conſuetudinis. Interim in conceptibus ſimus faciles. Præprimis cum in poſterioribus cogitationibus receſſerim a communi & erronea opinione, quaſi in monarchia conſuetudo vim juris accipiat ex tacito conſenſu principis.* vid. diſſert. de jure conſuet. & obſervant. §. 72. *in eadem diſſertatione latius fuit oſtenſum, naturam conſuetudinis eſſe, ut producat jus efficaciæ & impunitatis, non obligationis, quod probe notandum propter errores communes, quibus fere tota doctrina de conſuetudine eſt repleta.*

Noli tamen putare, ſcripturam ad eſſentiam Legis pertinere: nomen ſcripti juris accepit, quia plerumque ſcribitur, alioqui Lex eſt decretum ſummæ poteſtatis, quod plerumque quidem ſcribitur, ut populo innoteſcat; unde no-

(f) *Poſ.* 14. 15. 16. 17. (g) *Poſ.* 18. 19. 20. 21.

Digitized by Google

nomen habet: est tamen Lex, & antequam scribatur, imo etsi numquam scribatur; quemadmodum ῥῆτραι sive constitutiones Laconicæ, fuerunt Leges autore Lycurgo latæ, verum sine literis memoriæ civium mandatæ, teste Plutarcho in *Lycurgo*, qui inter alia civibus suis præscripserat, *μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, scriptis non uti legibus*, unde hactenus a Justiniano in §.10.*h.t.* juri Attico Legibusque Solonis opponuntur, quod hæ scripto erant comprehensæ. Plus enim inde nolim probari, quam forma exteriore discrepasse jus Atticum & Laconicum, perinde ac jus scriptum & non scriptum. Alioqui nimis notum est, quod scribit Justinus *in lib.* 3. *c.* 2. Athenienses & Lacedæmonios *Institutis Solonis & Lycurgi Legibus fuisse pares.*

8. (h) Juris scripti sex species recensentur *in* §.3. *& seqq.* Lex, Plebiscitum, Sctum, Principum Placita, Magistratuum Edicta, Responsa Prudentium. (1) Lex finitur, quod populus Rom. Senatorio Magistratu, veluti Consule interrogante constituit, §. 4. Unde liquet, legis vocabulum proprio sensu heic sumi; Nam generaliter, ut modo diximus, omne jus scriptum significat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo magistratu, veluti Tribuno rogante, constituebat, *d.*§.4. Senatus-Consultum, quod Senatus jubet atque constituit, §. 5. *h.t.* Populi appellatione palam est, universos cives, connumeratis etiam Patriciis & Senatoribus, contineri, *d.* §. 4. plebis autem appellatione, sine Patriciis & Senatoribus cæteri cives significantur. Recte Patricii a Senatoribus separantur; Nam Patricii erant Nobiles, quorum familiæ per legem specialem hoc nomen & dignitatem erant adeptæ, Sigon. *l.* 1. *de jure Civ. Rom. c.* 7. Senatores quicumque jus ferendæ sententiæ in senatu habebant, quod etiam plebejis, majoribus gestis magistratibus, patuit, *Idem lib.* 2. *de jur. Civ. Rom. c.* 2. Postquam autem plebeji in senatum erant allecti, non videntur ad comitia tributa, quibus sua scita plebs condebat, fuisse admissi; utique non ex sententia Justiniani, opponit enim Justinianus plebem hac in parte Patriciis & Senatoribus cunctis, & Livius *lib.*2. memorat, Patres a comitiis tributis fuisse submotos; sed tamen cuncti Patres vocabantur: Dionysius Halicarnassæus & Plutarchus in historia Coriolani, discrimen inter centuriata atque tributa comitia paulo aliter commemorant; qua de re nos in *parte Digressionum secunda libro primo* latius agimus. Mos statuendi & Leges & Plebiscita, erat per *rogationes* magistratuum ad populum in comitiis congregatum, *Velitis jubeatis Quirites &c.* At Senatus-Consulta per relationes Consulum fiebant, singulos senatores compellantium, *Dic Marce Tulli*, ut hic ad Atticum scribens alicubi indicat. Lex a toto populo lata, vim juris sua vi habuit; Plebiscita consensu Populi etiam Patres tenuerunt, vi legis Hortensiæ, quæ post rogationes Horatiam & Publiliam, ea de re lata est, anno Urbis conditæ 467. Sigon. *in Fast.* Senatus-Consulta apud veteres Romanos non habuerunt Legum vigorem; Verum Cæsares hoc jus in senatum transtulerunt; ut probavimus *lib.* 1. *Digress. cap.* 3.

9. (i) Extant quidem Leges, Plebiscita & Scta in Corpore Juris multa, sed tempore Justiniani solæ Principum Constitutiones pro Legibus publicabantur; quarum tres fuere species, *Epistola*, *Decretum*, *Edictum*, §. 6. *h.t.* Epistolæ, (sub quibus Rescripta & subscriptiones continentur, *l.* 1. *de Constit. Princ.*) supplicantibus aut magistratibus jura præscribebant, velut ex infinitis in Codice exemplis patet. Decretum, est sententia Principis pro tribunali, cum plena causæ cognitione dicta, qualis extat luculenta in *l.* 3. *de his, quæ in testam. del.* Continentur sub illis interlocutiones de plano, sine exacta causæ cognitione a Principe latæ, cum animo juris condendi, *d l.* 1. *de Constit.* alioqui Legum vi carent, *l.* 3. *C. de LL.* nisi dicas, eam derogare *l.* 1. Non est autem Principi talis animus in privilegiis, quæ sunt Personales constitutiones, quibus in certorum hominum gratiam vel pœnam, aliquid contra rationem juris communis statuitur. Nam hæ vim quidem suam effectumque tenent, respectu eorum, quibus indultæ sunt, in exemplum vero nequaquam trahuntur, *d.*§.6. *in fin.* Apparet igitur, Cæsarem habuisse potestatem, quæ prius fuerat populi, cum Lege Regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concesserit, *d.* §. 6. *in pr. l.* 1. *in pr. de Constitut. Princ. l.* 1. §. 7. *C. de V. J. E.* Non esse hoc figmentum Justiniani, patet inde, quia veteres historici in eandem sententiam loquuntur

(h) *Pos.* 22. 23. 24. 25. 26. 27.

(i) *Pos.* 28. 29. 30.

(1) *Conferri merentur ea quæ de sex hisce speciebus copiose & erudite pro more suo tradit* Hein. Antiq. rom. lib. 1. tit. 2.

tur. Sic Tacitus *I. histor.* 1: *Omnem potestatem in unum collatam* scribit. Tiberius apud eundem 1. *ann* c 11. *Non ad unum omnia deferrent.* Suetonius in *Cajo c.* 14. *Jus arbitriumque omnium rerum ei permissum est.* Dion. Cassius *l.* 53. τοῦ δήμου καὶ τῆς γερουσίας κράτος πᾶν ἐς τὸν Αὔγουστον μετέστη. *Senatus populique imperium omne in Augustum est translatum.* Talis concessio non potuit sine Scto & Lege perpetrari; tametsi Lex illa sub primis Cæsaribus Regia, ob odium regii nominis, dicta non fuerit, sed demum sub Antoninis hac appellatione innotuerit; Vide quæ de hac Lege disputavimus in *lib.* 1. *Digress c.* 16. *& seqq.* Sane caput ejusdem Legis alterum, scilicet quod Princeps sit Legibus solutus, alio pertinet. Dix. *lib.* 1. *Digress cap. ult. secund. edit.*

10. (k) Edicta Prætorum, qui præerant tribunalibus, tacito populi consensu usuque fori Romani vim juris acceperunt, hactenus, ut jus Civile antiquum, quod XII. Tabulis erat comprehensum, pro ratione temporum adjuvarent, supplerent ac mitigarent, *l.* 7. §. 1. *de Inst. Act.* non tamen mutarent neque tollerent, *l.* 12. §. 4. *de Publician. act* Olim hæc Edicta quotannis mutabantur, quia officium erat annuum, ut tamen pleraque capita essent tralatitia, quemadmodum a Cicerone vocantur, quæ ex uno Edicto in alterum transferri solita juris Prætorii perpetui habebantur, unde *tralatitium* pro *vulgari*; donec Lege Cornelia Prætores ex Edictis perpetuis jus dicere sunt jussi, teste Asconio *in argum orat. pro Cornel.* Hadriani tempore Salvius Julianus JCtus Edicta cuncta collegit in unum corpus, quod per excellentiam edictum perpetuum fuit vocatum, *l.* 2 §. 18. *C. de Vet. Jur. enucl.* Partem juris prætorii faciunt edicta Ædilium, quæ juris honorarii portio sunt, ait Justinianus *in* §. 7. *in fin. Inst. h. t.* non quod Ædilium & Prætorum jurisdictiones ita fuerint commixtæ, sed quod ædilitia Edicta tam pauca sint, ut speciem inde facere distinctam in Arte, non vi sum sit operæ pretium; Nec enim plura duobus, Ædilium Edicta in corpus Justiniani redacta leguntur.

S c h o l i u m.

Imo forte tria; Primum in l. 1. §. 1. *de Ædilit. Edicto, Secundum in l.* 38. *pr. eod. Tertium in l.* 40. 41. 42. *D. eod. nisi primum & secundum unire velis, quia utrumque de venditione disponit.*

(k) *Pos.* 31. 32.

R e s p o n s i o.

Sic est; Primum de rebus venalibus est, alterum de animalibus feris continendis. Quod est de rebus venditis, habet duo capita potius, quam Edicta singularia, primum de rebus ipsis, maxime de mancipiis, alterum de jumentis & rerum venditarum accessionibus, nec aliter reperies in textibus.

N. A d d i t.

Quamvis res tanti non sit, ut in Scholio jam indicavi, nollem tamen tam confidenter asserere, ac si in juris textibus non aliter reperiatur, quam ut hic Autor dicit. Etenim vereor, ne Criticus & assertionum forte contrariarum pertinax defensor objiciat Autori, 1. *quod Ulpianus edictum de mancipiis explicaverit libro primo commentariorum suorum, de jumentis vero libro secundo*, vid. l. 1. & 38. h. t. 2. *Non solum de primo capite, dicitur* in d. l. 1. §. 2. *causa* hujus edicti, *sed & de secundo capite, tanquam de novo edicto loquuntur leges*, d. l. 38. §. 1. *Loquuntur Ædiles* in hoc edicto *&c. & in* §. 2. *Causa* hujus edicti *&c.* 3. *Si de eo, ut leges loquuntur, judicandum esset de numero edictorum, potius edictum de animalibus feris continendis, videretur esse portio edicti de jumentis, propter rubricam* pr. & §. 1. l. 4?. eod.

Sed observandum est, Jus Prætorium, quod est species juris civilis, frequenter in sensu proprio, Juri Civili opponi, quatenus hac voce notatur id, quod ex XII. Tabb. & disciplina JCtorum inprimis est ortum, *l.* 7. §. 1. *de Justit.* juncta *l.* 2. §. 12. *de Orig. Jur.* Scilicet, quo modo Jus Prætorium consensu tacito populi vim juris habuit Romæ, sic & Responsa Prudentium, quæ erant sententiæ & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere, invaluerunt, §. 8. *h. t. l.* 2. §. 5. *&* 12. *de Orig. Jur.* Ubi & hoc discimus, Augustum voluisse, ut JCti auctoritatem suam a Principe impetrarent. Legis autem vis non videtur in singulis Prudentium responsis fuisse, quæ studiis sectarum sæpius erant contraria, sed in talibus, quæ unanimi doctrina tradita scriptoque publicata erant *arg. d. l.* 2. §. 5. cujusmodi hodieque sententias Pauli esse videmus. Sed ne tum quidem publici juris partem Responsa constituebant; donec Theodosius vim legum iis optimo jure tribuit, *l.* 1. *C. Theod. de resp Prud.* Postremo omnium plenissime Justinianus, postquam fragmenta eorum digessit in Pandectis, *l.* 1. §. 6. *C. de Vet. jur. enucl.*

11.

Digitized by Google

11. (l) Sic fuere species juris scripti, quæ ita enumerari & exponi debuerunt ex antiquitate, quanquam hodiernis temporibus una tantum in usu est juris origo, Lex in genere, sive placitum summæ potestatis; Rescripta vix est ut in foris nostris pro legibus valeant, neque decreta, quæ pleraque politica sunt; juridicæ cognitiones Curiis delegantur, quarum decreta sicut res judicatæ, non valent ut leges.

12. (m) Sequitur Consuetudo, quæ est Jus non scriptum, quod usu longo, velut tacito populi consensu, vim obligandi accepit, §. 9. *h. t. l.* 32. §. 1. *de LL.* ita ut & Legem abrogare queat, *d. l.* non obst. *l.* 2. *C. Quæ sit longa consuet.* cujus verba sunt hæc; *Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut Legem.* A præceptoribus nostris ita accepimus; hoc dictum Constantini esse verum in thesi, cum quæritur de valore legis & consuetudinis in genere consideratæ, quomodo & Donellus 1. *Comm.* 10. Sed quis credat, Constantinum voluisse quasi θέσιν διαφλάττειν, more scholastico decidere thesin, utra sit præstantior, lex an consuetudo? Rescripta semper ad hypothesin referuntur, jubent quod fieri volunt, non disputant quid sit melius. Nec etiam liquet, consuetudinem in genere legi cedere: *Imo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere*, quin sæpe leges sequuntur mores, ut videmus in *l.* 2. *de vulg. & pup. subst. l.* 1. *de donat. int. Vir. & Ux.* Puto simplicius & explicatius esse, verba Constantini de particularium institutis locorum accipere; nam consuetudo vim legis habitura, debet esse generalis, hoc est, per totam Remp. vel maximam ejus partem recepta. Legem non semper & necessario esse scriptam diximus antea; sed Consuetudo semper & necessario non scripta est ab initio. Nam si, postquam stabilita est, in scripturam redigatur, id naturam ejus originariam nihil mutat, quemadmodum Consuetudines Feudales scriptas habemus: perinde ac Frisiæ Statuta constant, ut ex inscriptionibus passim elucet, ex Legibus & Consuetudinibus, iisque non modo scriptis, sed etiam certo tempore signatis, quod tu tamen non de tempore, quo sunt ortæ, sed quo agnitæ & publicatæ sunt, intellige. Habet vim legis sua vi Consuetudo, dumtaxat in popularibus Imperiis, ubi Leges a populo ferri possunt, *arg. d. l.* 32. sed hodieque in regnis Consuetudini vim juris tribuere licet, etsi de scientia Principis non constet, ut recte Schneid. *ad d.* §. 9. *n.* 3. quod ex præsumpto ejus consensu in id, quod diu ac palam obtinuit, defendi potest; ut tamen semper contrario Principis placito aboleri, nec contra legem claram induci queat, *ut ibid.* Schneid. quo sensu licet etiam capere *d. l.* 2.

Requisita Juris non scripti sunt, ut honestum, generale & certum sit. Primum est in *l.* 39. *de LL.* Generale, id est, ab universa Republ. vel potiori parte receptum, perinde ut Lex a toto populo fertur: Nam pari modo Lex & Consuetudo obligant, *l.* 32. §. 1. *de LL.* Hinc municipiorum Consuetudines eandem habent vim quam Statuta: valent, quatenus Juri & mori totius Reip. non advertantur. *

SCHOLIUM.

Ego vero, ut Statuta municipalia valent etiam contra jus commune, modo sint confirmata a Principe, ita putarem, causam similem esse consuetudinis municipalis, modo requisita reliqua adsint, ex quibus de præsumpta Principis approbatione constare possit.

RESPONSIO.

Atqui nos agimus de statutis & consuetudinibus municipiorum a summa potestate non confirmatis. Accedente confirmatione Principis, e statuto & consuetudine municipali fit lex, quam certis locis accommodari nihil vetat.

N. ADDIT.

Ut igitur non est secundum hanc Autoris expositionem amplius dissensus inter nos, ita facilius in ejus explicatione acquiesco, postquam modo in antecedentibus notavi, me non amplius efficaciam consuetudinis deducere ex tacito consensu Principis.

Ad certitudinem requiritur longum tempus & frequentia actuum. Quantum temporis & quales actus esse debeant, cum in jure non sit ex-

(l) *Pos.* 33. (m) *Pos.* 34. 35. 36. 37.

* Interim statuta non contra, sed præter legem disponentia, juxta terminos potestatis universitati competentis citra confirmationem esse obligatoria, non ambigitur, quorsum faciunt ea, quæ de officiis ambulatoriis, dimissione officialium, tempore rationum solvendarum, mulctaque conventionali &c. agunt conf. Ziegl. d. jur. Maj. l. 1. c. 30. th. 18.

Digitized by Google

expressum, judex arbitrabitur, * *arg. l.* 1. §. *ult. de jure delib.* Sane liquidius consuetudo probari non potest, quam si contradicto judicio sententiaque confirmata sit, *l.* 34. *de LL.* quod tamen requisitum minime necessarium est. Dicendum igitur, tantum temporis & tales actus requiri, quibus Judici satis de usu constanti liqueat.

13. Caeterum necessitas juris Naturae, de quo supra, immutabile id esse docet, cum jus humanum aeque mutetur ac voluntas humana, §. 11. *h. t.* quamquam saepe & illud imperitis mutari videtur, cum objectum & circumstantiae mutantur, iisque modo hoc, modo aliud naturae praeceptum applicatur, ut in trito Socratis apud Plat. 1. *de LL.* exemplo. Jus Nat. ait, redde gladium depositori. Is furere coepit. Nunc idem ait, cave reddas. Hic Jus non mutatur; sed depositor, cui alia sano, alia furenti regula applicatur. Possunt etiam Praecepta Naturalia ad usus Reip. varie accommodari, quod JCtus in *l. 6. de J. & J.* duriuscule, *addere vel detrahere juri Nat.* vocat. *Addere*, est sanctione civili intendere vel augere, quod saepe fit. *Detrahere* necessitati Lex nihil potest, sed haec de iis, quae improprie ad Jus Nat. referuntur, capienda videntur, scil. de jure permittente & suadente. *Vid. supra* §. 5. add. Grot. *d. cap.* 1. *n.* 10.

14. (n) Divisiones Juris sequitur distributio ex objecto sive materia subjecta, cujus tria capita recensentur in §. *ult. d. t. Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, ex *l.* 1. *de Stat. hom.* haec vulgo tria *juris objecta* vocantur. Quod si quis putet, unius Disciplinae unum quoque objectum esse debere, potest dicere, hoc unum objectum esse, *Jus quod cuique tribuendum est*. Nihil enim aliud per totam artem tractatur. Et est hic sermo de objecto tractationis, sive materia subjecta. Jus autem cuique tribuendum, consideratur vel respectu *status* personalis, quem quis obtinet in libertate, civitate, & familia; vel respectu *rerum* externarum, quae non faciunt locupletiores, ut est dominium & obligatio; vel ratione modi ad obtinendum illud jus, quod est *actio*. Quia autem Status personam arctissime contingit, ejus jus simpliciter *personae* vocatur, cum alioquin & res & actiones personis competant; sed non sunt mere personales. Sic igitur unum est objectum generale; tria sunt particularia, quae pariter illud unum generale efficiunt ac repraesentant.

T I T. III.

De Jure Personarum.

Divisiones personarum, & an servus persona. Libertatis definitio explicata. Etiam servitutis. Quomodo servitus constituatur. De adscriptitiis & statuliberis. Quando servitus desierit in Europa, & an recte.

(a) Caput de personis duabus divisionibus constat. Prima est in liberos & servos; altera in eos, qui sunt sui vel alieni juris. Ergo & servi sunt personae, *pr. Instit. de jur. pers. l.* 22. *pr. de R. J.* quatenus persona idem quod *homo* est, ut in titulo *D. de statu hominum*, qui respondet huic rubricae *de jure personarum*. At si persona qualitatem civis notet, jam servus erit ἀπρόσωπος, *impersonalis*, Harmenop. 7. *t.* 6. & pro nullo, *l.* 32. *de R. J.* ac pro mortuo habetur, *l.* 209. *eod.*

2. (b) Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere lubet, nisi si quid vi aut jure prohibeatur, §. 1. *Inst. & l.* 4 *h t. Naturalem facultatem*, φυσικὴν εὐχέρειαν, vertit Theoph. quae vox habile & expeditum libertatis exercitium, quod a solo animi imperio pendeat, exprimere videtur; quo pertinent verba: *quod cuique facere lubet.* Hoc est, quod Stoici eleganter αὐτοπραγίαν una voce, Cicero *in parad.* 5. potestatem vivendi ut velis, appellant. Sed restringitur haec facultas, *nisi si quid vi aut jure* pro-

(n) *Pos.* 38. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

* In Saxonia frequentia actuum adhuc judicis arbitrio determinanda relinquitur, sed diuturnitas temporis ex lapsu ann. 31. 6. sept. & 3. dierum aestimatur, teste Carpz. P. 2. C. 21. *d.* 3. Reinh. *p.* 6. *diff.* 2. ap. Zobel. *p.* 2. *diff.* 6. *n.* 11. *p.* 320. Quae sententia licet ex non accurata satis interpretatione Jur. Can. originem trahat, secundum quod praescriptionis tempora ad introducendam consuetudinem requiri, Doctores nonnulli existimarunt, *v. c. f. X. de consuetud. j.* L. R. *l.* 2. *art.* 30. add. Reinh. *l. c.* constanti tamen fori observantia confirmatur. Currit autem hoc tempus a primo actu, qui probari potest.

Digitized by Google

prohibeatur, ne quis putet, violenta & legitima impedimenta faciendi quod velis, libertati officere: Exercitium vi coarctatur, facultas non læditur. Multo minus legum imperio, quia communi consensu homines semet illis subjiciunt; unde & sponsio, συνθήκη, *fœdus*, lex dicitur, *l.1.& 2.de L.L.* Et Aristot. crebro cum libertate, τὸ νόμοις δουλεύειν, *servire legibus* conjungit. Philosophiæ servire libertas est, Sen.*ep.* 8. Idem vult Stoicorum paradoxum, μόνος ὁ σοφὸς ἐλεύθερος, πᾶς ἄφρων δοῦλος. *Solus sapiens liber, omnis stultus est servus.* At tu dices; etiam servus facit, quod lubet, nisi prohibeatur. Ego inquam, servus nihil facit quod lubet, nisi dominus permittat; ejus cunctæ actiones a domini arbitrio pendent. In libero homine hæc est regula; *facit quod lubet*; exceptio, *nisi prohibeatur*: At illa regula minime convenit servis, neque proinde exceptio.

3. (c) Servitus est constitutio Juris Gentium, qua quis dominio alieno contra Naturam subjicitur, §.2. *h. t.* (1) *Constitutionem* passive pro re constituta sumi, tritum est, ut thesaurus depositio dicitur, *l.31.* § 1. *de A.R.D.* Servitus est *Juris Gentium*; nam libertas est Naturalis, *ut dict.* In primævo hominum statu servitus erat incognita, quæ postea *invasit*, id est, vi introducta est, *l. 4. de J. & J.* & gentium usu probata, *pr. Inst. de libert.* Dicitur *contra naturam*, & contra jus Naturæ, §.2. *Inst. de J. N.G.& C.* hoc est, contra statum naturæ primævum; ut jus pro facultate accipiatur, non contra dictamen rectæ rationis; vel est contra jus Naturæ permittens, non præcipiens; confer §.4. *tit.2.* Etymologia Servorum hoc docet, quia dicuntur a servando, *d.* §.3. *h.t.* Nam si licet hostes in bello occidere, quidni liceat, quod minus est, servare eos ad serviendum? ut Cicero scripsit, *non esse contra naturam spoliare eum, quem honestum est occidere*, 3. *Offic.* Sed qui tam graviter deliquerunt, ut bello sint coercendi, vel qui alios inique oppugnant, hi & licite & honeste cæduntur; quin etiam in bello injusto, modo ab iis geratur, qui jus bellandi habent, cædes utrinque impune fiunt, Grot. *l.3. c.4. n.3.* Sed nec pactio, qua quis se dat in servitutem, naturæ adversatur; iniquum enim non est, ut quis operas suas alii in perpetuum pro alimentis addicat: Accedit, quod multorum ingenia ad serviendum aptiora sint, quam ad libertatis usum; quod Aristoteles non modo de singulis, *l. 1. polit.* 3., sed de populis quoque universis tradit, *l. 1. c. 3. & ult.* Ἐσὶ γάρ τι φύσει δεσποτόν, *est quædam*, inquit, *naturalis servitus*: quam tribuit τοῖς περὶ τὴν Ἀσίαν, *Asiaticis*; nimirum ingenii servitus, quam non esse commentitiam, fides historiæ satis confirmat, licet Bachovio displiceat *ad lib. 1. ff. tit. de stat. hom. c. de servit.* qua de re diximus *in lib. 2. Digression. c. 2.*

4. (d) Denique, oritur servitus ex nativitate vel ex facto. Et hoc ex jure Gentium vel Civili. Jure Gentium ex captivitate, in bello solenni, hoc est, quod geritur ab his, qui habent summam potestatem, observatis solemnibus juris gentium requisitis, de quibus Grot. *l.3. c.7.* Jure Civili, ex venditione sui ipsius a majore annis 20. facta, §.4.(2) Sententia, qua servi pœnæ efficiuntur, §.1. *Inst. de cap. dimin.* Ingratitudine liberti adversus Patronum, *d.* §. 1. *l. un. C. de ingrat. lib.* Nascuntur servi ex ancillis, vernæ dicti, quia parentum sortem liberi sequuntur, *d.* §. 4. quod Grotius sub censuram vocat *lib. 2. de J. B & P. c. 5. n. 29.*

5. (e) De adscriptitiis, sive Colonis certo fundo colendo addictis, quales hodieque *(manus mortuæ Gallis dicti) per Europam habentur, dubitatum est, servi an ingenui sint: Videri ingenuos, ait *l. un. C. de colon. Thrac.* dicuntur servi in *l. 7. C. de agric. & cens.* nec a servis differre, *l.21. & l. ult. eod.* Et hoc verius est; quia tam ipsi, quam res ipsorum, sunt in domini potestate, *d. l. un d. l.21. & ult.* quia distrahi possunt, *ead. l. 21. l. 2. 4.7. C. de agric.* Nihil autem æque libertati adversatur, quam esse in commercio. Dominum certe quod vendi potest habet. Qui tamen proprii generis sunt servi & maxime ob fundos habentur, hinc in

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. & 5. (e) *Pos.* 7.

(1) *Hanc servitutis definitionem uti & etymologiam vocis Servi apud Stoicos reperiri recte monet* Hein. in elem. jur. h. t. §. LXXIX. & LXXXII.

(2) *Vide* L. 1. L. 3. ff. quib. ad lib. proc. non lic. l. 2. ff. si ingen. esse dic. l. 7. §. 2. ff. de lib. caus. adde ea quæ Hein. observat in Ant. Rom. lib. 1. tit. 3. §. VI. & VII.

* De conditione hominum propriorum secundum Jus Sax. *vid.* Weichb *art.* 2. Quos verius est pro liberis hominibus haberi debere, cum jus testandi, contrahendi &c. ipsis salvum sit, licet juribus liberorum hominum, quoad plenariam de bonis suis dispositionem, & tam inter vivos quam mortis causa alienationem, haud fruantur. De Conditione subditorum rusticorum in Lusatia superiori, vid. *Ober-Lausitzer Unterthanen-und Gesinde-Ordnung*, art. 1. *Was derer Unterthanen aufm Lande Zustand, Thun und Wesen sey.* p. 78.

Digitized by Google

in quibusdam a reliquis servis *οἰκέταις*, separantur, & melioris conditionis videntur, ut tamen gradus non variet speciem, *l.2.l.4.l.* 23. §.1. *eod. tit.* Dissent. *Scholiastes noster*, *ad posit.* 7. *h. t. sed rationibus heic occupatis*, *ut nihil opus sit ea denuo referre vel refellere*. Cæterum Statuliberi, qui destinatam in tempus vel conditionem libertatem habent, *l.* 1. *de statulib.* dum speratur libertas, servi expresse dicuntur in *l.* 9. *pr. l.* 29. *pr. eod. l.* 12. §. *ult. D. fam. ercisc.* & quod nascitur ex statulibera, servum est, *l.* 16. *d. tit. de statulib.*

6. (f) Servitutem cum ratione non pugnare, diximus modo. Ipsis quoque Christianis fero servitus displicuit, nec in sacris literis veteribus aut novis improbatur. Etiam Caroli M., Ludovici Pii, & Lotharii Leges de servis, supersunt in *lib. I.L. Car. M. & Longob.* Imo & Guilielmi Siciliæ Regis & Friderici Imp. extant de servis fugitivis constitutiones *in plac. Neap.* Sed ab hoc tempore, id est, anno Christi CIↃCCXII. aut non multo secus, Christiani se mutuo in servitium redigere desierunt, quod & Muhammedani ac Turcæ inter suos servant, teste Busbeq. *epist.* 3. ubi & disputat, parum recte inter nos sublatam videri servitutem. Speciosum charitatis esse prætextum, sed inutilem. Hominum inde liberorum colluviem redundasse, quos licentia & egestas ad flagitia aut mendicitatem impellat. Coarctata familiarum ministeria, carioribus aut procacibus ingenuorum operis. Adde cædes, servitute sublata, frequentiores esse; quod Romani in civilibus bellis experti sunt, quibus capti non erant servi. Tacit. 2. *hist.* c. 44. Plutarch. in *Othon.* & *l.* 21. §. 1. *de capt. & postlim.* Non deest his rationibus suum pondus. Videatur Berneggerus *ad Taciti German. quæst.* 134.

TIT. IV.

De Ingenuis.

(a) SErvorum nulla divisio traditur, quod ad statum quidem attinet, nisi pro tali habere velis discrimen *οἰκετῶν* domesticorum & adscriptitiorum. Sane quod ad ministeria, in quibus domi habentur, multiplex eorum differentia fuit; medici, nomenclatores, anagnostæ, amanuenses, musici, dispensatores, capsarii, arcarii, atrienses, pictores, topiarii, *præstabant* focariis, scopariis, fornicariis, gregique reliquo mediastinorum & ergastulorum. vid. Bernegg. *ad tacit. German. quæst.* 134.

2. (b) Liberi homines dividuntur in ingenuos & libertinos; *Ingenuus est is*, *qui statim ut natus est*, *liber est*. *princ. Inst. de ingen.* Liber *nascitur*, cujus mater fuit libera, Patris conditio non attenditur, *d. princ.* quia incertus ille videtur extra matrimonium, quod pro nota & indicio Patris (qui aliter indubitato monstrari nequit, juxta Homericum illud, *οὐ γάρ πώ τις ἑὸν γόνον αὐτὸς ἀνέγνω*. *Nemo suum Patrem novit*,) militat; Unde liberi ex legitimis nuptiis procreati Patrem sequuntur, *l.* 19. *de Stat. hom.* at, si quis matrem ancillam habeat, is ex matrimonio non potest susceptus esse, quia non nisi cum cive Romana nuptiæ contrahuntur. *pr. Inst de nupt.* Cum igitur pater ejus civiliter incertus sit, necessario matris conditionem sequitur, quæ semper adseverate nosci potest. Ancilla vernam, libera ingenuum parit, *l.* 19. *l.*23. *l.*24. *de stat. hom.* Sufficit tamen ad ingenuitatem, aliquo, nec interest quo tempore, dum fœtus in utero erat, matrem fuisse liberam, sive ante sive in ipsa partitudine: quia superveniens parentis calamitas utero non nocet. *d. tit. de ingen.*

3. (c) Quidam denique, etsi non sint ingenui, jure tamen ingenuorum gaudent, ut natalibus a Principe restituti, vel jus aureorum annullorum consecuti, de quibus sunt tituli in *Pandectis*; & quos Judex ingenuos, etsi male, pronunciavit; quia *res judicata pro veritate habetur*. *l.*25. *de Stat. hom.* Jure novissimo, omnes liberi homines sunt ingenui, sublato libertinorum statu, idque moribus hodiernis evidenter obtinet. *Nov.* 78. *c.* 5.

(f) *Pos.* 6. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. (c) *Pos.* 4. 5.

Digitized by Google

TIT. V.

De Libertinis.

(a) Olim tertium genus hominum erant Libertini, *princ. Inst. de libertin.* non medii inter liberos & servos (nam hæc summa & bimembris divisio est, *princ. de jur. person.*) sed inter ingenuos & servos. Erant autem Libertini, *qui ex justa servitute manumissi sunt. d. princ. de Libert.* Quod si liber homo ex injusta servitute manumittatur, is ingenuus, non libertinus est. §. *ult. de ingen.* Libertus a libertino nihil differt, quam quod ille ad Patronum sit relativus, hic ingenuo opponatur, quod se primum docuisse Valla jactat *l.* 4. *eleg. c.* 1. Sic recte rogas, cujus libertus? Non, cujus libertinus? Sed qualis ille homo? Libertinus, respondetur, non libertus. Olim libertini vocabantur, e manumissis procreati. Sueton. *in Claud.*

2. (b) Manumissio est de manu missio, id est, datio libertatis, *l.* 4. *de Just. & Jur.* quæ tribus olim modis fiebat; censu, vindicta & testamento. §. 1. *h. t.* Cic. *in Top.* Ulp. *tit.* 1. Pro censu, qui modus in solenni lustratione civium apud Censores fiebat, Constantinus M. surrogavit manumissionem in Ecclesia. *tit. C. de his, qui in Eccl. man.* Vindicta, creberrimus erat modus, qui apud majores magistratus solennibus verbis fiebat, tacto servi capite virgula, quæ vindicta dicebatur, circumactoque eo in gyrum & alapa percusso; Ex quo illud Persii intelligitur, *vertigine Quiritem fieri*, *Sat.* 5. & Senecæ *epist.* 8. Philosophiam *circumagere* homines, id est, liberos facere. Vindicta nomen habebat, vel a vindicando in libertatem servo, vel a Vindicio servo, qui detexerat olim conjurationem filiorum Bruti pro reducendis Tarquiniis, de quo Plutarch. *in Brut.* De ritu manumittendi reliquo *dix. in Digression. lib.* 1. *cap.* 4. (1) Testamentaria manumissio nihil peculiare a natura testamenti habuit. Quæ inter amicos & per epistolam fiebat, domini & quinque testium subscriptionem requirebat, *l. un.* §. 1. & 2. *C. de Lat. lib. toll.* quæ alios continet modos, in §. 3. & *seqq.*

3. (c) Ex Servii Tullii instituto, manumissi omnes plena libertate & eodem jure, quo vetusti cives, fruebantur, licet dignitate inferiores, Halicarn. *l.* 4. Sed Augustus libertinos curiose discrevit, prope ut olim cives Romani differebant, Sueton. *Aug. cap.* 40. §. *ult. Inst. de libert.* Nam cives domicilium, tribum vel censum & jus honores capiendi, Romæ habebant, Sigon. *l.* 1. *c.* 1. *de ant. jur. civ. Rom.* Hoc perfectum jus amittebant, qui in Latinas colonias deducebantur, teste Cicerone *pro dom.* licet cives omnino esse non desinerent; sed jure deteriori, & *cives ex Latio* vocabantur. Infimæ conditionis erant dedititii, *qui se, urbem, agros, delubra Deum, divina humanaque omnia in populi Rom. ditionem dederant*, quæ Campanorum se dedentium formula est apud Liv. *l.* 7. *c.* 31. Omnesque adeo provinciales hujus erant conditionis. Tales libertatem qualemcunque, at civitatem minime, retinebant. Sed hæc discrimina post bellum sociale, per Italiam fere sublata sunt: donec ab Augusto eorum imago renovaretur in Libertinis, qui constituit, ut primus manumissorum ordo esset Quiritium, seu civium Rom. & hi censu, vindicta, testamento creabantur, atque jus connubii, successionis, commercii & suffragii habebant. *d.* § *ult.* Ulp. *tit.* 3. Secundus ordo erat *Latinorum*, ad similitudinem antiquæ coloniarum Latinitatis, ut ait Imp. *l. un pr. C. de Lat. lib. toll.* Hi per vitam liberi & cives, in morte velut servi erant, bonis ad Patronos jure peculii devolutis. §. *ult. Inst. de succes. libert.* Tales erant, qui per epistolam, inter amicos aut epulas, manumitterentur, Caj. 1. *Inst.* 1. & jus Quiritium consequebantur principali rescripto, prole, iteratione, militia, nave, de quibus Ulp. *d. tit.* 3. *Dedititios* & civium nomine indignos censuit Augustus, qui in servitute ob crimina vincti, torti aut servilibus pœnis affecti fuerant, qui nec unquam jus Quiritium consequi poterant. Sueton. *d. cap.* 40. Ulp. *tit.* 3. §. 6. Sublata sunt hæc discrimina non tam ab Antonino *in l.* 17. *D. de stat. hom.* junct. *N.* 78. *c.* 5. quam a Justiniano *in l. un. C. de dedit. lib. toll.* cum *tit. seq.* Donec postremo vetustatem prorsus suo more sustulit, extincto libertinorum statu, salvo ut videtur, jure Patronatus. *N.* 78. *c.* 5. Moribus hodiernis harum rerum nulla superesse vestigia, non est quod moneatur. *

TIT.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. (c) *Pos.* 4. 5.

(1) *Hos ritus plena manu exequitur* Hein. Antiq. Rom. lib. 1. tit. 5.

* Hominibus propriis hodie plenariæ libertatis exercitium, quo emigrare alibique domicilium statuere possint, per affrancamenta, *Loß-und Abzugs-Briefe*, concedi solet. Eorum productio in Lusatia sup. quoque desideratur, nisi emigrantes pro fugitivis haberi, nec alio in loco recipi velint, cujus nomine publica Joh. Georgii I. mandata de an. 1636. & 1661. extant in Corp. Jur. Lus. super. p. 396. & 399.

Digitized by Google

TIT. VI.

De Lege Ælia Sentia.

L. Æl. Sent. duo capita & τοῦ μὴ ὄντος differentia ab eo quod rescinditur. Exceptio a L. Ælia Sent. Requisita ejus. Caput alterum Legis. Causæ justæ manumittendi & mutatio hujus capitis.

(a) SEquuntur duæ Leges, quibus licentia manumittendi restringitur, Ælia Sentia & Fusia Caninia. Æliæ Sentiæ legis, quæ & dedititios invexit, *d.§. ult. de libert.* duo capita hic recensentur. (1) Primo, Libertas in fraudem creditorum ab eo, qui non est solvendo, data, ipso jure nulla pronunciatur; hoc enim est *nihil agere, in princ. Inst.quib.ex caus.man.* Nullum esse & rescindi, constat terminos in jure oppositos esse. Nullum est, quod Lex ab initio invalidum facit, τὸ μὴ ὂν efficaciter Græci veteres, τὴν μὴ οὖσαν δίκην, *Judicium nullum*. Demost. κατὰ Μειδίου. Julianus in Alex. Οὐκ ὄντες νόμοι, *Leges nullæ & irritæ*. Rescinditur, quod primo subsistens per remedium actionis infirmatur, quale nullum heic proditum est, ex ratione §. 6. *h. t. Quia libertas semel data, licet perperam, non retractatur*, tametsi aliarum rerum alienatio in fraudem creditorum facta, per actionem Paulianam rescindatur. *l. 1. de his, quæ in fraud. credit.* Sed abusive termini aliquando confunduntur, siquidem libertas etiam ex hac lege rescindi dicitur, in *l. 5. §. 2. D. qui & a quib man.* Quamdiu tamen creditores quiescunt, manumissi pro Statuliberis habentur, ut tantisper nullitas suspendatur, *l. 1. de Statulib.*

2. Ut autem impediatur libertas directe data non sufficit ex eventu liquere, facultates defuncti creditoribus non sufficere, sed animus & consilium fraudandi concurrere, atque probari debet, §.3.*h.t.* per fideicommissum vero data libertas, solo eventu revocatur. *l.4.§.19. in fin. de fideicomm. lib.l 1. & ult.C.qui manum. non poss.* Ratio non est, quam aliqui reddunt, quia fideicommissum, nonnisi deducto ære alieno, præstatur; nam hoc etiam in Legatis, quæ directo relinquuntur, obtinet, §. 3. *Inst. ad L. Falcid.* sed quia facilius turbatur manumissio, quæ non a Testatore facta, (ut cum directe ait; *Stichus liber esto*) sed ab herede adhuc facienda est, cum ait testator, *Rogo te Heres, ut Stichum manumittas*.

3. Dominis, qui solvendo non sunt, humaniter indultum est, ut unum e servis libertate præditum heredem faciant. §.1. *d.t.* Qui, licet nulla libertatis mentio sit facta, vi tamen institutionis libertatem consequitur, ex consequentia voluntatis; quia quem heredem quis facit, huic & libertatem destinare præsumitur; quando heres nemo, qui liber non sit, esse potest; qui vult antecedens, vult etiam necessarium consequens §.2. *d.t. Instit.* Ratio autem, cur hæc singularis manumissio dominis concedatur, est reputatio famæ post mortem. (2) Nam ne bona, defuncti civis nomine, voci acerbæ præconis subjiciantur, repertum est, ut servus heres necessarius dicatur; cujus titulo Creditores bona distrahant, memoriæque domini eo modo parcant, *d. §. 1.*

4. (b) Alterum caput L. Æliæ Sentiæ est; ne minores annis XX.(minor definit hic esse, qui supremum diem attigit, *l.1. de manum.*secus ac minor annis XXV. *l.3. §.3. de Minor.*) servum aliter quam vindicta, probatis apud consilium causis, manumittant, §.4. *eod.*quia ob lubricum ætatis, *vernarum* & veteratorum *blanditiis*, εὐχερῶς ἀπατῶνται, *facile decipiuntur*, ait *hic* Theoph. Consilium est consessus judicum, qui in urbe cogebatur, ex quinque senatoribus & equestris ordinis totidem; in provinciis ex viginti recuperatoribus, civibus Romanis, tempore Conventus, teste Ulpiano *tit.1. §.8.* Conventum Theoph. ῥητὸν χρόνον appellat, πρὸς κατάλυσιν τῶν δικῶν, certum anni tempus, maxime hyemis, quo Magistratus, aut quibus id mandassent, a bellis feriati operam juri dicundo dabant. Sueton. *l.1.c.7.* Recuperatores erant judices in causis pecuniariis, quia per eos quisque debitum *recipiebat*. Theoph. *hic.* Hos Prætor *mittere in consilium* dicitur, *passim* in Cicer. & *l. 2. de offic. ej. cui mand. l. 5. de man. vind.*

5.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 4.

(1) *Hæc duo tantum hic recensentur, quia sola ad hunc titulum pertinent. Non enim his duobus solis capitibus constabat lex Ælia Sentia, plura fuerunt. Hanc legem integritati suæ restitutam exhibet* Hein. in Antiq. Rom. ad h. t.

(2) *Non enim fraudandi, sed ignominiam sibi mortuo imminentem, amoliendi animo id fecisse videtur.* Hein. elem. jur inst. §. CXIX.

Digitized by Google

5. (c) Causæ justæ recensentur in §.5. *d. tit.* sumptæ ex *l.* 13. *de manum. vind.* (3) nisi quod servus ibi *capsarius*, etiam dignus libertate habeatur. Capsarius exponitur, *qui libros portat*; quo sensu Augustinus *comm. in Psal.* 41. Judæos Christianorum *Capsarios* vocat, item *scriniarios*, *bajulantes Legem & Prophetas l.* 12. *contr. Faust. c.* 23. Postrema causa est, si quis servo, ut procuratore velit uti; is hunc manumittere potest, modo non sit minor 17. annis, *d.* §. *in fin.* (4) vel ut *l.* 13. habet, non minor 18. annis, quæ non pugnant, si annos ibi naturaliter, hic civiliter putes. Nam qui implevit annos 17. non est minor annis 17., & idem ingressus est annum 18., ergo nec minor annis 18. civiliter accepto tempore. Alibi, esse tot annos natum, & pervenisse ad certum annum, differunt ut inchoatum & impletum *l.* 49. *pr. de leg.* 1. *l.* 74. §. 1. *ad SC. Trebell.* Hoc loco conveniunt. De ætate Procuratorum res est alterius loci: tu saltem observa *ex hoc loco*, procuratorem, sive ad litem sit, sive ad negotia, posse dari majorem annis septendecim; * utcumque, scilicet annis 25. sit minor. Cæterum, ætas manumittentium in testamento, primo ad ætatem in postulando receptam, id est 17. annos §. *ult. h. t.* postremo ad eam, quæ alias in testamentis & nuptiis sufficit, ad annos 14. redacta est *Nov.* 119. *c.* 2.

TIT. VII.
De Lege Fusia Caninia tollenda.

Sequitur altera libertati inimica Lex *Fusia Caninia*, Accursio a canina invidia sic dicta, æque acute ac legem Falcidiam a defalcando derivat, ignarus Leges Rogatorum nominibus ferri. Lex Fusia modum testamentariis manumissionibus statuit; ut qui plures quam servos 10. non haberet, plus parte dimidia ne manumitteret; qui ad 30., ne plus tertia; qui ad 100. quartam; qui ad 500. non plus quinta, nec unquam plures quam *centum* Testator libertate donaret, etsi *nationes servorum* haberet, ut Tacit. 14. *Ann.* 44. *vid.* Ulp. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14.

2. Justinianus improbavit hanc restrictam testandi licentiam, & legem *Fusiam Caniniam* sustulit, *hoc. tit.* quasi iniquum sit, morientibus prohiberi pro lubitu libertatibus indulgere, quod licebat vivis, *arg. l.* 1. *C. de SS. Eccles.* exemplo Milonis, qui trecentos una die servos manumisit, Ascon. *in argum. Milon.* Sed Augusto hujus legis alia ratio constabat, ne crebris manumissionibus civitatis Rom. honos vilesceret, ac *populum a servili colluvione incorruptum servaret*. Sueton. *Aug. cap.* 40. quod Justiniano Græco nihil curæ fuit. Solent autem effusius moribundi servos, quibus uti nequibunt, quam superstites dimittere. (1) Parum stringit igitur Justiniani contra Augustum argumentatio; *Quod licet inter vivos, debet etiam in testamento licere.* Nam ubi dispar, ut hic, ratio militat, non procedit. Exemplum in pupillo, qui tutore autore inter vivos quidem potest, sed non testamento alienare, & filiofamilias, qui de rebus quibusdam paganis potest διοικεῖν, non διατίθεσθαι, *vivus, non mortis causa disponere*, Nov. 117. *c.* 1. §. 1. Multis quoque populis generaliter hoc argumentum displicuit, hodieque & olim testamentariæ alienationes extra sanguinem, pluribus, quam venditiones, legibus sunt circumscriptæ.* Id per se patet, argumentum Justiniani ultra hypotesin non extendendum; *Idem jus in actibus inter vivos & testamentis est, quod ad potestatem aliendndi.* Nam, quoad formam aliaque requisita, nulli actus perinde contrarii sunt, quam contractus & ultimæ voluntates, *l.* 20. *de V. S.* **

(c) *Pos.* 4.

TIT.

(3) *Ex qua lege patet causam illam*, si matrimonii causa ancilla manumittatur, *non e lege Ælia Sentia esse*, *sed senatusconsulta adscribendam*.

(4) *Hoc de procuratore ad lites accipiendum*, *non de procuratore ad negotia*, *ad hoc enim nec libertate*, *nec* 17. *annorum ætate indiget.* Arg. *l.* 7. §. 1. & 2. l. 1. de institor. act.

(1) *Ideo*, *quia servi testamento manumissi pileati lecticam domini prosequebantur: cumque honorificum haberetur ut magna pileatorum caterva lecticam concomitaretur*, *tam liberales erant in servis etiam scelestissimis testamento manumittendis*, *quæ certe ratio non obtinet in manumissione inter vivos*. Dionys. Halic. IV. p. 221. Confer. Jac. Cujac. observ. III. 23.

* In Saxonia si procurator 21. ætatis annum nondum excesserit, & adversarius ei exceptionem minorennitatis objiciat, alius Procurator constitui debet, secundum Philipp. *ad Ord. Proc. Sax. T.* 3. *Conf.* 2. *ubi præjudicium*. Carpz. *dec.* 203. Quod ex Jure Canon. c. de proc. 6. generaliter fere receptum esse, monet Hopp. *ad Inst. h. t. ad* §. 5. *Us. hod.* j. Menck. *Tr. Synop. Proc. Jur. Communis & inprimis Sax. Electoral. Disp.* 4. *ad O. P. S. Tit. III.* §. 2. Nuperrimo quoque rescripto regio & Electorali d. a. 1723. d. 12. Apr. ætas 21. annorum in procuratoribus judicialibus & Advocatis requiritur, ita ut minores, omissa licet ab adversario exceptione, ab actis per Judicem ex officio repelli debeant. §. 1.

* Ita Jure Saxonum Geradam vendi & donari posse certum est, licet ob jus cognatæ quæsitum ultima voluntate nisi illa consenserit, de ea disponere, prohibeat P. 2. *Const. El.* 14. ubi vid. potest Carpz. *def.* 1. & 4. Moller. pr.

** Conf. Ephr. Gerhard diss. de Lege Fusia caninia Jen. hab.

Digitized by Google

T I T. VIII.

De His, qui sui vel alieni juris sunt.

Potestas aliena duplex tantum, & an ulla maritalis. Quid juris sit domino in servos, & servo adversus dominum. Quo jure Dominus servum vendere cogatur.

(a) SUccedit altera personarum divisio, in eos, qui sunt sui, vel alieni juris. Sui juris qui sint, negative definitur, nec potest aliter, *Qui non sunt alieni juris*. Qui alieno juri subjecti sunt, patria potestate vel dominica continentur, *pr. Inst. de his, qui sui vel al. jur.* Plures quam hæ duæ species non dantur, quia vox potestatis stricte & κατ' ἐξοχὴν hic sumitur, cum respectu ad familiæ subjectionem, ut nec Magistratui nec tutoribus conveniat; sed ne maritis quidem; Uxor enim æque sui juris est quam vir. Enimvero Jus civile Viro imperium domus ex prærogativa sexus & jure gentium relinquit, *l. 195. §. 2. l. 196. pr. de V. S.* sed quod ad effectus legales attinet, non habet uxorem in potestate maritus. (1) Ipsa quoque Socia & domina dicitur, *l. 1. D. rer. amot.* Duæ tantum domesticæ subjectionis species sunt cognitæ, servorum & filiorumfam.

2. (b) Jus Dominorum in servos, vel circa res, vel eorum corpora versatur. De priore satis constat, servos nihil habere suum, sed omnia Dominis acquirere, §. 3. *infr. per quas person. cuique acquir.* de quo *in loco*. De posteriore hic agitur, quod minime tam est amplum hodie, quam fuit olim. Veteres enim jus vitæ necisque in servos absolute, etiam sine causa justa habebant, quod Imperator §. 1. *h. t.* ex Cajo *l. 1. §. 1. D. h. t.* omnibus peræque gentibus ait commune fuisse; quod fides historiæ temperandum monet, quia multis hoc rigidum jus displicuit, de quibus Bodin. 1. *republ.* 5. Pro *omnibus* igitur exaudi, *multis*, ut Dion. Pruf. *orat.* 15. de hac ipsa re, παρὰ πολλοῖς καὶ σφόδρα εὐνομουμένοις, *apud multas gentes optimis legibus utentes*, ait hoc summum jus valuisse. Quod autem jus & potestatem necandi servos habuisse dicuntur domini, non de interna justitia, sed de jure externo & impunitate accipiendum. Juste enim, nisi capitale ob crimen, humanum sanguinem nemo fundere potest, nec herus neque Rex, Seneca *lib. 1. de Clem. c.* 18. neque sævire præter meritum, etsi intra mortem. Unde D. Adrianus Umbriciam matronam relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset. *l. 2. π. in fin. h. t.* Idemque postea generaliter est vetitum, adeo ut quisque de servi proprii cæde non minus quam alieni teneatur, §. 2. *h. t.* imo nec verborum vulnerumque atrocitas, sed modica tantum coërcitio permittitur *l. un. C. de emend. serv.* (c) Contra majorem asperitatem servis patet asylum (τὸ ἄσυλον est inviolabile refugium) apud statuam Principis, unde abstrahi nequeunt; sed magistratus, si intolerabilem sævitiam deprehendat, servos a dominis vendi jubet, *d. §. 2. & l. 2. h. t. l. un. C. de his qui ad stat. princ.* idque *bonis conditionibus*, id est, justo pretio, quod requisitum venditionis publice imperatæ tradit, *l. 12. in pr. de relig.* vel, *bonæ* conditiones opponuntur *duris*, quales irati domini crebro venditionibus servorum imponunt, *ut exportentur*, ne *manumittantur* &c. *l. 25. de statulib.* Theoph. *hic.* Fuerunt igitur asyla apud Romanos, fuere apud Hebræos pro homicidis involuntariis, qui vindicem sanguinis fugiebant. *Num.* 35. *Deut.* 19. *Jos.* 20. Nobis hodie nihil opus est ejusmodi refugiis; nec enim ejusmodi sanguinis vindices, aut dominorum sævitiam, habent homines quod extimescant.

3. (d) Necessitas vendendi servum hoc casu, extra ordinem, ob publicam utilitatem dominis imponitur; *expedit enim Reipubl. ne quis re sua male utatur. d.* §. 2. Regulariter nemo cogitur rem suam vendere, *l. 11. C. d. contrah. empt.* ne quidem justo pretio, *l. 9. de act. rer. amot.* suarum enim quisque rerum liber est arbiter & moderator, *l. 21. C. mand.* quod jus a principe tolli nequit: Reipubl. habet ille imperium, quod dominio privatorum nihil officit. *Ad Reges*, ait Seneca 7. *de benef.* 4 *potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas*; cui non obstat jus Regium, quod *lib.* 1. *Sam. c.* 8.

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. (b) *Pos.* 5. 6. (c) *Pos.* 7. 8. (d) *Pos.* 9. 10. 11.

(1) *Olim tamen, cum nuptiæ per* in manum conventionem *fiebant, uxorem in potestatem mariti transiisse recte observat illust. Auctor ex Dionys.* Halic. lib. 2. ad tit. sequent. n. 3.

Digitized by Google

c. 8. *v.* 11. *& seqq.* describitur. Nam jus illud aut est mos & institutum Regibus usitatum, aut est Jus quale Prætor facit, quando inique decernit, *l.* 11. *de Just. & Jur.* non *jus*, id est, regula recti, verum quod subjectos obliget ad patientiam, sicuti liberi parentum ferre coguntur injurias.

S C H O L I U M.

Tres de Jure Regio Samuelis sunt sententiæ; I. *Per id indicari nudum factum & quid futurum sit dato Rege, quam sententiam Miltoni & Limnæi refutat Henning. ad* Grot. I. 4. 3. II. Grotii *d. l. subinnui ibidem a Samuele factum, quod effectum juris, scilicet non resistendi licentiam habeat*, quæ opinio etiam videtur esse Autoris. III. *Jus illud regium esse verum jus, defensa a Magnif. D. Zieglero* ad d. l. Grot. *Bœclero ibid. cum quo & nos facimus.*

R E S P O N S I O.

Quo minus huic sententiæ adstipulari liceat, diximus in lib. 1. de Jur. Civit. Cap. 13. & *dicetur accuratius in editione suo tempore renovanda ξὺν Θεῷ.*

N. A D D I T.

Controversia ipsa cum ad Jus Justinianæum parum pertineat, & ipse Autor etiam ad alium tractatum se remittat, nec a nobis ulterius urgebitur, præprimis cum plurimæ in explicatione juris illius regii occurrant difficultates, quamcunque sententiam arripias. Hinc in Scholio adjeceram citationem Martini Schokii de quadruplici lege regia sect. 2. c. 2. seq. *Cui adde integrum tractatum Joh. Wandalini* de Jure Regis Israelitici, *Schickardum* de Jure regio Hebræorum c. 2. theor. 7. p. 160. *ubi docet, ipsos Judæorum eruditos hic sectas facere.*

Sed Princeps, urgente publica necessitate vel utilitate, de civium rebus, dominis invitis, disponere potest; quandoquidem præsumpto generis humani consensu, cum dominia sunt introducta, receptum est sine dubio, *cedere jus privatorum debere totius populi commodo.* Dominium est juris voluntarii, nec ulterius, quam fert populorum voluntas, extenditur. Hoc jus Reipubl. Grotius *Dominium eminens* vocat, *l.* 1. *de J. B. & P. c.* 1. *n.* 6 aptius, quam alii distinguunt inter potestatem Regis *ordinariam & extraordinariam*. Quia tamen populi id quam minimo singulorum damno videntur fieri voluisse, pretium aut continuo præstari, aut postea dominis restitui debet. Grot. *l.* 2. *c.* 14. *n.* 7.

T I T. IX.

De Patria Potestate.

Cujus juris sit Patria Potestas. Specialia illius juris. De Potestate in nepotes. Causæ illius juris.

(a) CUm familiæ imperium naturæ conveniens & a nulla non gente receptum sit, dubium non est, quin origo Patriæ potestatis juri gentium debeatur, ut prolixe Bodinus probat, 1. *de Rep.* 4. insectatus nostros, quasi dissentiant. Sane Cajus in *l.* 1. *de his, qui sui vel al.* cum de jure dominorum dixisset, *quæ quidem potestas juris gentium est*, subjungit in *l.* 3. de jure in liberos, *quod jus proprium civium Romanorum est*. Eadem sunt in §. 1. *Inst. eod. tit. &* §. 2. *de patr. pot.* Sed dicendum, Patriam potestatem esse quidem juris civilis, verum *mixti*, cujus origo est naturalis & gentium, sed cui lex plurimum addit, nec alia mens *Justiniano* in *d.* §. 2. cum *nullos*, ait, *homines talem habere in liberos potestatem, qualem nos habemus*. (b) Matri pro statu mere Naturali par quidem potestas ac Patri debetur, qua de re dix. *lib.* 2. *Digress. c.* 3. sed ordinis causa præfertur Patris, ut præstantioris Imperium, Ἡ γὰρ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ *Æqualitas pugnam facit.* Chrysost. 1. *ad Corinth. XI.* 3. Quæ tamen sexus prærogativa nil nisi *ordinem* civilem spectat, *reverentiam* matri Jure Naturæ & divino debitam minime lædit, secus quam D. A. Matthæus colligit *disput.* 7. *fundam. jur.*

2. (c) Specialia patriæ potestatis jura, tam ad res liberorum quam ad personas spectant. Ad *res* 1. Quicquid filius (ex peculio profectitio) acquirit, id Patri quærit, §. 1. *I. per quas pers. acquir.* Pater habet usumfructum in bonis filii adventitiis, *l.* 1. *C. de Bon. mat.* Filius de bonis suis testamento disponere nequit, *pr. Inst. Qui test. fac.* Pater impuberi dat heredem, §. 4. *Inst. de pup. subst.* *Ad personas* primo refertur regula, Pater & filius una persona videntur, *l. ult. C. de*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 10. (c) *Pos.* 2. *seqq.*

C. de impub. & al. subst. hinc suus heres filiusfam. est Patri §. 2. *infra de her. qualit.* Nulla inter eos obligatio §. 6. *Inst. de inutil. stipul.* nulla lis esse potest *l.* 4 *de judic.* Pater filiof. tutorem dat testamento §. 3. *infr. de tutel.* Nuptias filiusfam. sine Patris assensu contrahere nequit. *princ. Inst. de Nupt.* Præterea Pater olim jus vitæ necisque in liberos & ter eos vendendi exercebat, teste Halicarnassæo *in l.* 2. & A. Gell. *l.* 17. *c.* 19. *l.* 11. *d. Lib. & posth.* non obstante *l. f. C. de Patr. pot.* quam de medii temporis consuetudine accipere licet. (1) Utriusque juris vestigium hodieque superest; *Primi* in *l.* 20. ad *L. Jul. de Adult.* ubi Pater filiamf. in adulterio deprehensam impune occidit, quod esse jus Patris, liquet inde, quia non idem maritis licet *l.* 1. §. *ult. ad L. Corn. de Sic. Secundi*, in *l.* 2. *C. de Patrib. qui fil. distrax.* ubi pater extrema egestate subactus filium vendere potest *sanguinolentum*, id est recenter natum, adhuc a matre rubentem. Juven. *Sat.* 7. ut explicat Cujac. *in parat. C. d. t.* & probat multis Gothofred. ad *d. l.* 2. Rationem, cur non idem in adultos licuerit, reddidimus *lib.* 2. *Digress. c.* 5. *ubi de toto negotio*.

3. (d) Hæc aliaque jura non modo in filios filiasque, sed & in nepotes ex filiis competunt, §. *ult. Inst. de patr. pot.* Siquidem nec nuptiis, nec separata habitatione, ut *infra* videbimus, patria potestas jure *Romano* solvitur. Sed filia nostra nubendo, quia pars fit alienæ familiæ, & liberos marito parit, qui sunt in hujus ut Patris ejus potestate, non potest nobis potestatem præstare; verum ejus liberi sunt in potestate Patris eorum, *d.* §. *ult.* quippe imperia domestica penitus confunderentur, si diversi Patresfamiliarum jus suum in eosdem exercerent. Hinc fœmina dicitur *finis* paternæ familiæ, quam propagare incipit *l.* 195. §. *ult. de V. S.* ipsa alioqui filia manet in potestate Patris sui, §. 2. *infr. ad Sc. Tertull.* quanquam olim, si conventione in manum mariti napsisset, in viri potestatem transierit, Dionys. Halic. *l.* 2. Sigon. 1. *de jur. civ. Rom. c.* 9. Moribus hodiernis Patriam potestatem ejusque effectum in desuetudinem abiisse, testatur Gudelinus 1. *de jure noviss. c.* 13. Sed *apud Frisios Patria potestas plenum vigorem obtinet; cum omnibus effectibus ipsi in jure attributis*, ait Sand. *lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 1. De moribus aliarum gentium vid. D. Voet. *ad tit. Inst de Patr. pot. n.* 5. * At in Nepotes Avi potestas hodie nulla est, ** quia Nuptiis per universam Europam Patria potestas solvitur; nec revivifcit, matrimonio liberorum soluto, quia quod semel extinctum est, sine nova causa non potest renasci; proinde viduæ nihilo magis in potestate sunt quam nuptæ, seu minores sive majores annis XXV. Autores vid. apud D. Voet. *ad tit. quib. mod. Patr. pot. solv. in fin.*

4. (e) Causa præcipua constituendæ patriæ potestatis, est matrimonium sive nuptiæ *pr. l. de patr. pot.* Naturaliter quavis quidem generatione potestas Parentibus, modo certi & noti sint, comparatur; sed quia pater, nisi ex nuptiis, certo cognosci non videtur, ideo & *Civili* & *Gentium* jure, patria potestas ad conjugium restringitur. Quia tamen Legitimationi & adoptioni, effectus nuptiarum legibus tribuitur, ideo tres modi acquirendæ patriæ potestatis sunt proditi, *Nuptiæ*, *Legitimatio & Adoptio*; de quibus *ordine deinceps*.

TIT.

(d) *Pos.* 11. 12.

(e) *Pos.* 3.

(1) *De partus expositione & nece apud Veteres extat Eruditissimus Commentarius Gerardi Noodt, qui contendit hanc truculentiam tantum fuisse prohibitam tempore Impp. Valentiniani, Valentis & Gratiani per l. 2. c. de Infant. expos. quam sententiam impugnat Vir Illust. Corn. Van Bynkershoek in libello* de jure occid. liberos. *Ubi citius hoc legibus vetitum fuisse probat. Cumque multo post sententiam suam tueretur Noodtius singulari epistola ea de re edita, sequutæ sunt Bynkershoekii* Curæ secundæ *sive notæ & strictura ad amicam Noodtii responsionem*. Confer Tertull. ad nation. l. 15.

* Apud Saxones quoque Jura Potestatis Patri salva esse; † non modo patet ex *Dec. El.* 23. quæ vinculum unitatis inter Patrem & filium agnoscit, conf. *Lande.* L. 1. a. 10. & *Dec. El.* 62. quæ Patri Usumfructum vi patriæ potestatis vindicat, sed & expressa sanctione P. 2. *Const. Elect. X.* id cautum est, conf. Thomas. d. Us. jur. patr.

† Cujus potestatis vi Pater legitimam in Judicio standi personam nomine liberorum habet, mandatarium quoque constituit, & omnes actus, etiam quæ speciali mandato indigent, rite suscipit, peragitque, nisi maternorum bonorum causa, vel alia ex ratione, iisdem liberis peculiaris curator constitutus sit, quo casu curator hic in iis rebus, quarum gratia constitutus est, curandorum suorum nomine in judicio comparet. *Ordin. Process. Saxon. Elect. Illustr. & Emend. Tit. IX.* §. 1.

** Nuptiis filii, ait Autor, per universam Europam Patriam potestatem extingui, sed nostris moribus, nisi filius œconomiam peculiarem instituat, secus obtinet, adeoque contingere potest, ut etiam hodie in Avi potestate nepos nascatur. vid. Thomas. *ad Strauch. Diss.* 4. *th.* 26. Id. d. quaf. emanc. German. §. 45. conf. Schuberth. de redintegr. patr. potest. §. 2.

Digitized by Google

TIT. X.

De Nuptiis & Legitimatione.

Definitiô Nuptiarum & genus explicatum. Nuptias non esse contractum. De Polygamia duplici. Quid sit individua &c. Sponsalia & eorum divisio. Requisita Nuptiarum. Primum de Civitate exponitur. Item secundum de ætate. Tertium, de consensu Parentum. De vi ratihabitionis. Matres & Curatores nihil habere potestatis in nuptiis. Quartum, de sanguine. Item de affinitate. Prohibitiones extraordinariæ. Effectus prohibitionis. De Legitimatione.

(a) Nuptiæ sive matrimonium, (sæpe nuptiæ pro festivitate nuptiali sumuntur, ut *l. pen. de don. int. v. & ux.*) sunt *viri & mulieris conjunctio*, *individuam vitæ consuetudinem continens*. §. 1. *d. t. de patr. pot.* Vox *conjunctio*, non tam actum conjungendi, qui per consensum fit; ut volunt, qui nuptias faciunt contractum; quam statum conjugii exprimere videtur, ut in *l. 1. de rit. nupt.* explicatur *conjunctio* per *consortium omnis vitæ*; verbalia in io desinentia sæpe continuitatem, non actum transitorium notant, ut Cicero Bellum definit *Certationem per vim*; sic 1. *off. c.* 36. In bello movendo suprema fuit apud priscos Romanos *observatio*, id est, perpetuum observandi institutum. Et *possessio* JCtis jus & statum possidendi significat; &c. Verum tamen est, solo nuptias consensu perfici: aptitudo quidem ad generandum, essentiale matrimonii requisitum est, concubitus ipse non ad *perfectionem*, sed ad *implementum* pertinet *l* 30. *d. R. J. l. 15. de Cond. & D. l. 4. de fid. Instrum.* Ritus deducendi sponsam in domum mariti, receptissimus quidem fuit, ut in donum *ducta* passim pro nupta usurpetur *l. 68. l. 69. §. 3. de jur. dot. &c.* Neque tamen perficiebat essentiam nuptiarum, sed jam perfectis superveniebat, non modo recentiori *Cod.* jure, *l. 22. C. de Nupt.* sed & vetere *Pandectarum*, *l. pen. in pr. de don. int. vir. & ux.* nec obstant *d. l. 15. l. 24. C. de Nup. l. 6. C. de donat. ante Nupt.* his enim non traditur, quid nuptias perficiat, sed quod extranei de nuptiis futuris loquentes, eas tali tempore præsumpserint exstituras, quo publice de illis constaret. At in *l. 6. de rit. nupt.* verius est, nihil quam formam deductionis absente marito faciendæ, naturam vero matrimonii nullo modo doceri. Diximus hac de re latius in *lib. 5. Digress. cap. 11. & seq.* Ejus loco, Christianis moribus publicatio & *Copulatio ecclesiastica* recepta est, quæ tamen nec ipsa ad essentiam, nec quidem ad necessitatem nuptiarum pertinet, sed absque ea matrimonium & liberi justi intelliguntur, *nisi lege municipali nullitatis pœna neglectui imposita sit*, (1) ut apud *Batavos*, at in *Frisia* factum non est, pœna duntaxat pecuniaria spernentibus ἱερολογίαν imposita. Sand. *lib. 2. tit. 1. Def. 1.* *

2. (b) Igitur nuptiarum genus est, *maris & fœminæ conjunctio*. Donellus 13. *Comm c.* 18. prolixe matrimonii genus esse contractum, & quidem societatis contendit, quem alii, nuperque Vinnius *l. 2. Partit. c. 21.* sequuntur, quia contrahi dicatur, *pr. Inst. de nupt.* & consensu utique ut contractus ineatur, *t. præced.* Uxori societas tribuitur, *l. 1. de act. rer amot.* societas, consortium voluntarium, *l. 52. §. 8. D. pro soc.* idem matrimonium, *l. 1. de rit. nupt.* imo contractus diserte in *l. f. C. de Repud.* Vere tamen *Contractus* ad dandum vel faciendum, & de his, quæ locupletiores nos faciunt, & eo quod interest, quod habet rationem pecuniariam, sunt constituti, §. 19. *Inst. de inutil. stipul.* Sed nemo est locupletior, quod uxorem habeat; nec animorum illa & corporum conjunctio civilem ejus quod interest rationem continet. Convictus & conjugalia officia, non sunt res commercii, de quibus contrahitur, sed mere personalia, quæ ad primum Juris objectum

refe-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. (b) *Pos.* 4. 5.

(1) *Quæ imposita est & generaliter obtinet iis in locis ubi decretum Tridentini* Sess. 24. cap. 1. de reform. Matrim. *publicatum est*

* In Saxon. liberi ante copulam sacerdotalem nati, non aliter habentur pro legitimis, quam si publica præcesserint sponsalia, *Dec. Elect.* 49. ibique Phil. *Observ.* 1. ita tamen, ut sponsa æque ac sponsus propter anticipatum concubitum & neglectum copulæ sacerdotalis, ad carcerem, pœnitentiamque ecclesiasticam condemnentur, aut alia arbitraria pœna afficiantur. conf. *Die Churfl. Sachs. Kirch. Ordnung.* tit. gen. *Von Ehe Sachen*, spec. *Von Strafe der Unzucht und des Ehebruchs §. Wo zwo verlobte Personen* &c.

Digitized by Google

referuntur: nec utique actionem sui nominis producunt nuptiæ, ut solent nominati contractus. Neque mens fuit veterum nuptias referre inter contractus, nec adeo contractus sunt. Si dicas igitur, matrimonium esse conventionem nominatam, & hanc esse *contractum*, *l. 7. in pr. & §. 1. π. de Pact.* regeram, adesse debere materiam, ut dixi, habilem commercii, ut nomen & definitio contractuum applicetur.

3. (c) Numero singulorum *Vir & mulier* ponuntur, excludendæ polygamiæ gratia, non modo ne plures maritos una materfamilias habeat, ut Romæ olim matronæ flagitabant, Gell. 1.c.23. quod absurdissimum esse, natura & civilis ratio docet, nec usquam in mundo receptum fuisse legitur: Sed etiam, ne vir plures simul feminas ducat, quod numquam Romæ licuit, §. 6. *Inst. h. t. l. 2. C. de incest. nupt. l. 18. C. ad L. Jul. de Adult.* nec jure divino licet, ut Beza probat *tract. de polygam.* dissentiente ex parte Grotio *l. 2. c. 5. n. 9.* Hæc simultanea est polygamia, ut vulgo; Successiva, id est, secundæ nuptiæ, cum priore elata ducitur alia, omni jure permissa est, *l. 4. pr. C. de bon. q. lib. Rom. 7. V. 3. Corinth. 1. c. 7. V. 39.* Nam quæ pœnæ jure civili in eas constitutæ dicuntur, *tit. C. de sec. nupt.* non sunt proprie tales, id est, coërcitiones & vindictæ, sed remedia, quibus prioris matrimonii liberis consulitur, ut est, ne conjugi secundo plus quam uni ex prioribus liberis relinquatur, *l. 6. C. de sec. nupt.* ut parenti δευτερογάμῳ auferatur proprietas eorum, quæ a priori conjuge liberisve adeptus est, ususfructu tantum retento, *l. 3. 4. 5. cum Auth. C. eod.* *

4. (d) Hucusque de genere, *Viri & mulieris conjunctio*. Sequitur differentia; *individuam vitæ consuetudinem continens*. Non complectitur omnia nuptiarum requisita, ut consensum parentum, religionem sanguinis, aliaque; nec opus est, quia naturam matrimonii ab aliis rebus distingui sufficit. Vocem *individuam* plerique de scopo & voto contrahentium, non de eventu explicant, quia crebro nuptiæ divortiis solvuntur, jure Rom. præsertim, *tot. tit. C. de Repud.* Ego malim hoc verbum ad arctitudinem societatis, ut exponitur in *l. 1. de rit. nupt.* quam ad perpetuitatem temporis referre; ut socios dicimus *individuos*, qui arctissime, non qui semper sunt juncti. Sic Tacitus, Tiberii *individuum* ab ipso oppressum memorat, amicum utique non perpetuum, *6. Annal. c. 10.*

5. (e) Priusquam requisita Nuptiarum explicentur, de Sponsalibus dicendum, quæ præcedunt nuptias. Definiuntur in *l. 1. de Sponsal.* mentio & repromissio futurarum nuptiarum. Unde liquet, nulla esse, nisi de futuris nuptiis sponsalia. Jus Canonicum alia *de præsenti*, alia *de futuro* introduxit, *cap. pen.* x. *de Sponsf.* Illa, quæ verbis præsentis temporis, *duco te, nubo tibi*, hæc, quæ temporis futuri verbis, *Ducam te, nubam tibi*, concipiuntur. Sed præsentia, cum purum in nuptias consensum exprimant ex usu Juris civilis nihil a matrimonio differunt, nec quidem Jure Canonum. *cap. 1. caus. 27. quæst. 2. Matrimonium non facit coitus, sed voluntas*: Idem est in *c. tuæ fraternitati. 25. de sponsal.* Et coitus post nuptias contractas accedere dicitur *d. caus. 27. q. 2. cap. 35. & seq.* Proinde Sponsalia de præsenti & matrimonium faciunt unum idemque, adeo ut differant tantum nominibus & quod ad scopum consummationis, quæ Canonum auctoritas in mores abiit. Nam omni die Sponsi abusive dicuntur ante copulam, qui matrimonium contraxerunt. Denique, est ita fortasse, quod inter jus Civile, Canonicum, & mores hodiernos, parum aut nihil sit discriminis hac parte, quemadmodum late disputavimus *L. 2. Dig. ess. c. 7. & seqq.*

6. (f) Cæterum, *Nuptiæ debent esse justæ*, id est, secundum præcepta Legum contractæ, *h. princ.* unde *justa* uxor *l. 31. de rit. nupt.* eadem quæ legitima uxor *l. 4. eod.* Præcepta legum ad quatuor capita referuntur; 1. ad jus civitatis, 2. ætatem habilem, 3. consensum tam contrahentium, quam Parentum, 4. ad honestam sanguinis & adfinitatis distantiam.

7. (g) Ad primum quod attinet, Romanus civis nunquam nisi Romanam uxorem habere poterat. *pr. I. de nupt.* Nam peregrini jure quidem Gentium & domestico, sed Romano nequaquam, nuptias contrahebant, (quibusdam tamen ex Latio cum populis connubii jus videtur fuisse communicatum,) multo minus servile contubernium titulo, nedum jure, connubii gaudebat. Sigon. 1. *de jur. civ. R. c. 9.* Hinc igitur deportata desinit esse nupta, *l. 56. d. Sol. matrim.* scil. quod ad civiles effectus attinet, *l. 13.*

(c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 8. 9. 10. (f) *Pos.* 12. (g) *Pos.* 13.

* Apud nos pœnas istas secundarum nuptiarum, quæ *l. 1. l. 3. l. 5. l. 6. C. de sec. nuptiis* recensentur, cessare, Carpz. *P. 2. C. 48. D. 14.* & Berlichius *P. 3. C. 29. n. 26.* docent. Conf. *Landr.* L. 1. a 5. Interim festinatam nimis & præmaturam secundi conjugii celebrationem, merito sua manet animadversio.

Digitized by Google

l. 13. §. 1. *de donat. int. V. & Ux. l.* 17. §. 5. *ad SC. Treb.* etiamsi consuetudo vitæ, quæ juris Gentium est, manere possit *d. l.* 13. §. 1. *l.* 1. *C. de repud.* Verum hoc discrimen inter Romanos & peregrinos, post *l.* 1. *de stat. hom.* vulgato civitatis honore, exiguum habuit usum, & nostris moribus nullum, * quod simplicitati juris Gentium melius congruit.

8. (h) Secundum præceptum est, in masculis, *pubertas*, in feminis *viripotentia*; quarum tempus Natura in universum non signavit: Unde & Jus Canonicum nuptias iis indulget, qui ex habitu corporum capaces earum reperiuntur, *c.* 3. §. *ult. de sponf. impub.* Sed noster Legislator, ne obscura divinatione vel exploratione indecora laboraret, rem certo annorum numero adstringere maluit, non ut in puncto naturam exprimeret; ideoque, pubertatem annis 14., viripotentiam 12. definivit, ** *pr. Inst. quib. mod. tut. fin.* (rationem disparitatis in sexu dix. in *l.* 2. *Digress. c.* 13. (2)) ut hoc esset spatium, intra quod nuptiæ plane prohibeantur, posthac sint licitæ, ut tamen prudentiæ singulorum relinquatur, ne, præter quam expediat, accelerentur: quales reprehendit Imperator in *Nov.* 100. *c.* 2. τοὺς σφόδρα τάχιστα συναλλάττοντας γάμον, inquit. Imitandi Germani, *apud quos sera juvenum Venus, eoque inexhausta pubertas, nec virgines festinabantur.* Tacit. *Germ. c.* 20. Cæterum, tempus hic Justinianus naturaliter computat, non ut annus vel dies cœptus pro impleto habeatur, qui civilis est calculus, sed oportet excessisse annum 12. vel 14. Τοὺς μὲν ὑπερβεβηκέναι, τὰς δὲ μείζους εἶναι, *hos quidem egressos, illas vero majores dictis annis*, ait Theoph. Recte igitur hoc requisitum ad ætatem refertur.

SCHOLIUM.

Non tam ætas, quam potentia generandi, in qua præter ætatem adspicitur etiam sanitas & integritas corporis. Strauch. Diss. 20. th. 10. *De hoc requisito hanc tene regulam; Ubicumque spes est, per media naturalia generationem sobolis obtineri posse, ibi nuptiæ sunt permittendæ, ut in senibus, sterilibus, spadonibus. Ubi vero certum est, naturaliter obtineri non posse generationem, nuptiæ non sunt admittendæ, ut in Eunuchis, ut in arcta.* Conf. not. ad Strauch.

RESPONSIO.

Hoc scholion supplendi potius, quam notandi causa videtur esse adjectum. Nam de ætate nimis evidens res est. Suppletio per me subsistat.

N. ADDIT

Ego vero ad istam suppletionem jam illud observo, quod prior pars regulæ in Scholio traditæ multas adhuc distinctiones admittat. Usus quidem tum fui illa regula, eamque inculcavi etiam in Instit. Jurispr. div. l. 3. c. 1. n. 71. seq. & c. 2. n. 188. seq. *ad defendenda conjugia senum. Sed melius tamen defenditur, conjugia senum cum juvenculis & vetularum cum juvenibus, repugnare honestati naturali.* vid. emendat. instit. juris div. ad fund. nova juris nat. & gent. d. l. 3. c. 2. n. 30. seqq.

9. (i) Tertio, requiritur consensus, non modo ipsorum contrahentium, sed etiam Parentum; *** quod tam civilis ob publicam utilitatem, quam naturalis, ob gratitudinem, ratio suadet, ait Imp. *in princ. Inst. de Nupt.* Naturæ suasionem Lex civilis in necessitatem, quod ad Patrem, convertit, ut nuptiæ, consensu Patris neglecto, sint ipso jure nullæ *d. princ.* juncto §. 12. *eod. l.* 2. *de rit. nupt.* modo pater exercitium potestatis suæ habeat; nam furiosi filia, curatoris Paterni, & propinquorum ac magistratus consilio nubere potest, ac etiam filius; de quo olim dubitatum, quia plus præjudicii familiæ patris, ducta in eam uxore, quam filia creat, quæ nubit extra domum, *l.* 25. *C. de Nupt.* Idem est, si pater per triennium captivus aut desideratus fuerit, vel etiam ante triennium, si conditio sit talis, quæ Patri sine dubio placitura sit. *l.* 9. 10. & 11. *de rit. nupt.* Jure divino hoc requisitum æque necessarium, actum-

(h) *Pos.* 14. (i) *Pos.* 15. 17.

(2) *Conf. Corn. Van-Bynkershoek observ. Jur.* Lib. 1. cap. 14.

* In Germania sedulo ad religionum diversitatem in desponsandis obviam respiciendum, unde inter personas toleratæ religioni addictas matrimonium justum est.

** In Germania masculis ante annum 18. cum & in iis facultas alendi familiam desideretur, matrimonium haud facile permittitur.

*** Jure Sax. El. Liberi Parentum i. e. Patris ac Matris, iisque deficientibus Avi Aviæque consensum adhibere tenentur, alias ab iis usque ad legitimam dimidiamve eius partem institui, imo, si concubitus accesserit, in solidum a successione excludi possunt; coniunctio quoque talis nullitate laborat. *Churfürstl. Sächsis. Ehe-Ordnung*, tit. *Von Ehe-Sachen.* rubr. *Von Ehe-Gelöbnissen* §. 1. *Ehe-Ordnung.* de an. 1624. p. 1. Carpz. *Jurispr. Cons. l.* 2. *t.* 3. *d.* 31. *n.* 8. Atque hæc necessitas adhibendi consensum Parentum, eodem jure etiam ad liberos emancipatos & secundo nubentes pertinet, *v. d. Ordinat. Matrim.* Carpz. *l. c. def.* 49. j. tamen Berl. *p.* 2. *concl.* 11. *n.* 60. Cæterum, si parentes ex injusta causa in nuptias filii consentire nolint, requiri potest ante sponsaliorum contractum Consistorii consensus, cui idem effectus ac parentali conceditur. *Ehe-Ordn.* d. t. §. *dagegen.*

Digitized by Google

actumque alias irritum esse, contra Grotium *d. l.2. c. 5. n.* 10. rectius statuitur. (3) Jus enim Parentibus *elocandi* filias aut *servandi* datur, τηρεῖν ἢ ἐκγαμίζειν, ait Apost. 1. *Corinth.* 7. ℣. 37. idem *Deut.*7. ℣. 3. Adde, quod Pater corruptori filiæ usum matrimonii concedere vel negare, pro lubitu possit, *Exod.* 22. ℣. 17. denique adde *arg. c. ult. in pr. lib. Jud.* ubi tribus Benjamin extinguenda fuisse narratur, quia Patres reliquarum tribuum juraverant, se nulli ex illa filias suas esse daturos in matrimonium. Hanc gravitatem Juris Divini & Civilis, Pontifices non videntur imitati; *Sufficiat*, ajunt, *secundum Leges solus eorum consensus, de quorum conjunctionibus agitur, c. sufficiat. ca.* 27. *q.*2. & Raptor, qui mulieris habet consensum, licet Parentes reclament, non tenetur, *c. cum causa X. de rapt.* quod si conjugium non valeret, nihil repetenti Patri obstaret, *ut infr.* Licet alii textus consensum *Parentum frequenter commendent, caus.* 30. *qu.* 5. *c. aliter. c. nostrates. c. qualis. c. sponsus. Item caus.* 32. *q.* 2. *c. non omnis. cap. honorantur. & cap. ult.* sed & alia sunt in iis locis, unde liquet, ne consensum quidem adeo requiri necessario, ut matrimonium, eo neglecto, sit nullum, adde *c. per tuas.* 6. Cæterum, consensus Patris tacitus sufficit; nam si ante concubitum Parentes matrimonium publice promulgari & legitime celebrari patiantur, hæc non ratihabitio, sed consensus initialis videtur, ut Sandius tradit *lib.* 2. *tit.* 2. *defin.* 2. Quod cum Jure nostro consentit. Etsi enim in *princip. Inst. de Nupt.* jussus Parentis *præcedere debeat*, hoc tamen ita accipiendum, ut sufficiat scivisse, nec contradixisse parentem, *l.* 5. *de sponsal. l.* 5. *C. de nupt.* hinc Theoph. κελεύειν, jussum, ita explicat, τοῦτ' ἐςὶ δεῖ τὸν πατέρα συναινεῖν, id est, *Patrem consentire oportet.*

10. (k) Sed nec dubium est, quandocunque Patris consensus accesserit, ab eo tempore, cessante causa, quæ matrimonium impediebat, nuptias fieri legitimas, justosque suscipi liberos, *arg. l.* 4. *& l.* 65. §. 1. *de rit. nupt.* At liberos ante ratihabitionem natos, manere illegitimos, plerique tradiderunt; alii pauciores horum quoque statum sanari putant, quos animus inclinat sequi; non ideo, quia, si ratihabitio non prosit liberis ante eam natis, complures præcipuæ familiæ illegitimo sanguine refertæ forent: nec etiam, quia durum est, liberos, quorum parentes legitimi conjuges sunt facti, semper manere nefarios, sine ulla spe legitimationis, cum etiam incestuosis diuturnitas temporis jura legitimorum tribuere possit *l.*57. §.1. *de rit. nupt.* Sed ratio decretoria est, quod ratihabitio sit ejus naturæ, ut ad principium cujusque actus retrotrahatur, eique inde ab initio qualitatem suam imprimat, adeoque *retro recurrat*, ut ait *l.*16.§.1. *de pignor. l.* 56. *de judic. l.* 1. §. 14. *de vi & de vi arm. l.*25. *C. de donat. int. V. & U.* Idque in omnibus, quæ consensu fiunt, etiam ipso jure nullis, *l.* 3. §. 9. *de don. int. V. & Ux.* obtinere, textus illi & ratio docent. Nam ratihabitio est subsecutus consensus, & præcedentem defectum supplet. Quid causæ igitur est, cur in nuptiis, quæ maxime consensu perficiuntur, non sit idem statuendum? Cum & status liberorum favorabilis accedat, quem incesti macula Divi Fratres liberarunt, *d. l.* 57. Adde similitudinem in legitimatione per subsequens matrimonium. Cur liberi ex concubina justi non sunt? Quia titulus nuptiarum deficit; cur nuptiis secutis fiunt legitimi? Quia defectus illius per supplementum retrotrahitur, ac si matrimonium semper fuisset. §. *ult. Inst. de Nupt.* Perge; cur liberi avo ignaro nati non sunt justi? Quia paterno consensu nuptiæ destituuntur; quid si suppleatur ille defectus? Nonne consensus retrotrahetur, ac si semper fuisset, & liberi fient legitimi? Ratio summa videtur. Sed nullum firmius datur argumentum, quam a vi retrograda ratihabitionis. Quæ opponuntur in ff. refellenda sunt *ad h.t.* Petuntur ex *pr. I. h.t.* §. *penult. eod. l.* 13. *de his q. infam. l.* 13. §. 6. *ad L. Jul. de adult. l.*65. §. 1. *de rit. nupt. l.* 6. *C. de Nupt. l.* 11. *de stat. hom.* &c.

11. (l) Ex his sequitur, parentes, qui destituuntur patria potestate, non posse nuptias impedire, *l.*25. *de Rit. nupt. ubi: filius emancipatus etiam sine consensu Patris uxorem ducere potest.*

De

(k) *Pos.* 16. (l) *Pos.* 18. 19.

(3) *Nuptias sine consensu parentum contractas irritas esse, auctor contra Grotium adstruere conatur, odio, ut puto, erga Pontifices. Rectius enim statuitur tales nuptias jure Divino subsistere: neque exempla ex sacro textu ab auctore allegata contrarium probant. Quid, quod nec in sacro textu desint exempla ubi nuptiæ sine patris consensu fuerunt contractæ.* Gen. c. 21. v. 6. & seqq. Gen. c. 41. v. 45. Reg. 1. c. 18. v. 26. & 27. Tob. 7. v. 15. & 16. *Quod attinet exempla veteris testamenti ubi parentum consensus adhibitus fuit, ex iis tantum sequitur quod regulariter filii pii non soleant absque consensu parentum nuptias contrahere, non vero quod absque illo consensu contractæ nuptiæ nullæ sint. confer Grot,* de jur. belli ac pac. l. 2. c. 5. §. X. & ad eum comment. Henr. de Cocceji.

De filia tamen annis 25. minore, sanctiones sunt in *l.* 18. & *l.* 20. *C. de Nupt.* prohibentes, ne tales filiæ *sine patris sententia* nubant, vel matris & propinquorum, si patre careant, a quorum judicio si voluntas filiæ discrepet, judicis auctoritas adhibetur, & cæteris paribus, ille *potior existimatur, quem sibi consulens mulier approbaverit.* Si vero utroque orbata parente *sub curatore sit*, liberum ipsi arbitrium datur. Denique, si verecundia impedita eligere nolit, judex coram propinquis ea de re statuet. Ex his intelligitur, utrum & quatenus hæ leges sint necessitatis, an secus, qua de re Sandius agit *lib.* 2. *tit.* 1. *Def.* 3. Necessitatis est, adhibere consilium Parentum vel propinquorum; adeo ut si neglectis illis, convolet ad nuptias puella, non valeat matrimonium; neque tamen electionis arbitrium puellæ denegatur; ut prudentiæ monitum sit potius, quam potestatis in parentibus & propinquis exercitium. Id vero mirari subit, nullam in hoc negotio Curatoris haberi rationem, cujus officium duntaxat in administratione negotiorum consistit, nubere vero pupilla suo arbitrio potest, *l.* 20. *ff. de Rit. nupt.* idemque sine discrimine sexus traditur in *l.* 8. *C. de nupt.* quæ res non immerito multis populis displicuit; * nonnullis, qui jure scripto hac in parte utuntur, usum ejus ita temperare visum est, ut impedire quidem nuptias suo dissensu curator nequeat, adolescens tamen vel adulta, nec ipsi ad implendas nuptias cogi possint: quod de Sponsalibus equidem proprie dictis, futuri temporis, concedere liceat; De matrimonio Verbis præsentis temporis contracto, non æque, siquidem hoc contractum ab iis, qui jus contrahendi habent, divinis nec gentium legibus solvi potest.

12. (m) Sequitur *quartum* matrimonii requisitum, honesta cognationis & affinitatis distantia; ad quam pleræque nuptiarum prohibitiones referuntur, exceptis quibusdam Reip. Rom. peculiaribus. Sed quatenus cognatio sit nuptiis impedimento, sciri nequit, nisi præmissa linearum & graduum explicatione, quæ, licet alterius loci, hic est occupanda. Gradus est distantia cognatorum: Linea, series personarum ab eodem stipite descendentium, eaque duplex, Recta & obliqua. *Recta*, quæ genitos & genitores continet; estque ascendens, quæ sursum, vel descendens, quæ deorsum progreditur. Obliqua est eorum, qui a latere sunt juncti, & *collateralis* dicitur. In utraque est hæc regula, *Quot sunt generatæ personæ, totidem sunt gradus, dempto communi stipite*, ad quem omnis computatio refertur, sed ipse numquam putatur. *l.* 10. §. 9. *de grad. & aff.* Hinc filius a patre primo, nepos ab avo gradu secundo, item frater a fratre secundo distat, quia duæ sunt generatæ personæ, Pater, qui stipes est, præteritur; fratrum liberi quarto gradu, Patruus & fratris filius tertio, fratris nepos quarto, ac ita consequenter, adscendendo semper ad stipitem & dein descendendo ad eum, cujus propinquitas quæritur. Jus Canonicum in linea recta nihil discrepat a civili; sed obliquam dividit in æqualem & inæqualem. Æqualis est, in qua cognati æqualiter a communi stipite distant, ut fratres & eorum liberi inter se singuli. Inæqualis, in qua unus est remotior altero, ut Patruus & fratris filii ac nepotes. Linea æqualis habet hanc regulam, *Quo gradu singuli distant a stipite, eodem inter se distant.* Ergo cum fratres & sorores distent a patre uno gradu, eorum liberi ab avo duobus, hinc inter se, illi primo, hi secundo gradu differunt. Inæqualis linea sic putat, *Quo gradu remotior a stipite distat, eodem inter se distant.* Ergo cum fratris mei filius a Patre meo, qui stipes noster est, gradu secundo distet, hinc a me quoque eodem differt, eodemque, ex regula æqualis lineæ a filio meo, quod est absurdum; (4) ut idem cognatus a patre & filio pari gradu distet; imo ex iisdem regulis, fratris mei abneptis mihi & abnepoti meo æque propinqua est; quo si quid stultius dici potest, fateor, Pontifices merito Imperatoriam computationem præ sua cum supercilio spernere. *c.* 2. *c.* 35. *q.* 5.

13. Jam in linea recta prohibentur nuptiæ in infinitum, §. 1. *Inst. h. t. l.* 14. *pr.* §. 1. *& seqq. de rit. Nupt.* In obliqua secundus & tertius semper sunt vetiti. §. 2. *& seqq. h. t.* Etiam quartus, si contrahentes sibi invicem Parentum & liberorum loco sint, §. 1. 3. & 5. *h. t.*

In

(m) *Pos.* 20. *ad* 37.

(4) *Absurdum quidem ut idem cognatus a patre & filio pari gradu distet in eodem linea, sed quæ absurditas si idem cognatus æquali gradu distet a patre & filio in diversa linea, a patre quidem secundo gradu lineæ inæqualis, a filio autem secundo gradu lineæ æqualis? Præjudicia sectæ hic, ut & alibi, auctorem ut hæc scriberet impulerunt.*

* Jure Saxonico tamen idem, quod Jure Civili constitutum est, obtinet, ac minoribus sine Curatoris consensu nuptias contrahendi potestas competit, conf. Richter. *d.* 1. *n.* 106. Nec in muliere Curatoris, qui ratione sexus ei datus est, consensus requiritur.

Digitized by Google

N. Addit.

In positionibus dixerat n. 30. ultra quartam nunquam. *Quibus verbis addideram sequens Scholium.* Imo etiam ultra quartam, sed saltem inter eas personas, quæ sibi invicem parentum & liberorum loco sunt, *arg.* §. 3. & 5. *Inst. h.t.* in quibus tertius & quartus saltem exempli loco afferuntur, non determinationis gratia, quod innuit ratio in §.3. apposita. Et diserte quintus gradus in *l.* 39. *de R. N.* inter prohibitos refertur. Conf. Autor *Digress. lib.* 2. *c.*22. *pag.*268. *Cum ergo Autor istud Scholion hic omiserit & nihil ad id regesserit, haud dubie in positionibus plus dixit, quam in prælectionibus intendit. Ita & pariter omissum est Scholion nostrum* ad posit. 43. *ubi Autor dixerat, in affinitate iisdem gradibus vetari nuptias, quibus in consanguinitate. Adnotaveram; in Jure canonico quidem valere, sed Jure civili non esse in universum verum. Atque hoc Scholion etiam silentio suo Autor probasse videtur.*

Parentis loco esse dicitur, qui immediate communi stipiti subest, remotiore altero, ut patruus & propatruus erga fratris neptim atque proneptim. *d. ll.* Alias quartus & cæteri gradus sunt liciti; fratrum enim & sororum liberi conjungi possunt * ait Imp. in §.4. juxta *l.* 3. *D.* & *l.* 19. *C. h. t.* quod mutatum postea, teste Harmenop. *l.*4. *tit.* 6. ideoque sui temporis morem potius quam Justiniani mentem expressit Theoph. negatione huic §. adjecta, (s) quanquam & Cajus eam habet, *l.* 1. *Inst. tit.*4. corruptus a Gothis, ut Cujacius censet. Hotomanni tamen acutus est, quem movet, scrupulus: Particulam *autem* adversativam in *hoc* §. exigere, ut sensus hic sit contrarius verbis præcedentibus, quæ sunt affirmativa, proinde hunc §. negative oportere esse conceptum. Respondetur, voculam *autem* non respicere ad finem, sed initium prioris §., quod est negativum; sed utique distinctio textus in versiculos, quam habemus, antiqua non est; nihil igitur discrimen finis & initii §. §. juvet. Est tamen ita, ut particulæ relativæ, *sed, autem, vero, &c.* non semper proximæ periodo opponantur, sed aliquando remotiori, quæ præcipua est. Ante consobrinarum nuptias prohibitum fuit *in textu* fratris filiæ matrimonium, mox incidenter conceditur cum adoptivæ sororis filia. Huic ut accessoriæ non respondet sequens oratio, sed priori ut principali.

14. Jus Romanum adeo abhorret a mixtura sanguinis, ut non modo ad serviles & meretricias cognationes, §. 10. *h. t. l.* 14. §. 2. *h.t.* verum & eo, ubi sanguis nullus est, sed imago tantum, prohibitionem extendat, ut ad sponsam filii. §.9. *h.t.* Et in ficta cognatione, quam adoptio conciliat, infinite in linea recta matrimonium prohibetur. §. 1. *Inst. h. t.* Item in secundo collaterali §.2.quin & ulterioribus, si parentum liberorumque loco se habeant. §.5. Ut tamen, soluta adoptione, prohibitio cesset; nisi reverentia & confusio nominum obstet. Nam filia adoptiva patri nunquam jungitur, §.1.*h.t.* nec filius viduæ Patris adoptivi, *l.* 12. *pr. h.t.* cum qua nulla adoptionis necessitudo est. Ergo nota, quod prohibitio ob adoptionem, latius quam adoptio ipsa pateat, nam ad feminas adoptio extra ipsam adoptatam non pertinet, *l.* 23. *de Adopt.*

15.(n) Affinitas est necessitudo inter conjugem alterum & alterius conjugis cognatos *l.*4. §.3. *de grad. & affin.* Gradus ejus proprie nulli sunt, quia gradum generatio facit, & affinitas nullis nuptiis contrahitur, *l.*4.§.5. *de grad.* verum sunt analogice, l.10. *pr. eod.* ut quo gradu ego tibi cognatus, eodem uxori tuæ affinis sim. Prohibitio matrimonii ob affinitatem est eadem fere, quæ in sanguine, eo quod vir & uxor una sint caro, *cap.* 8. *V. de consang. & affin. Statu. Fris. lib.*1.*tit.*1. *in pr.* Sand. *lib.*2. *tit.* 1. *def.* 8. at jure civili in linea obliqua non legitur prohibitio extendi ultra secundum affinitatis gradum §. 6. & *seqq. h.t. l.* 17. *C. de nupt. l.* 5. *C. de incest. nupt.* Tenendum porro, affinitatis duos terminos esse extremos, conjugem unum, & alterius conjugis cognatos; ita ut nec conjuges, nec cognati utriusque conjugis, inter se sint affines *cap.* 2. *can.* 35. *q.* 5. Ergo privignus vitrici & novercæ affinis est, comprivigni inter se non sunt, nec quicquam eorum nuptiis obstat. §. 8. *h. t.* Non *cap.* 18. *Levit.* V.11. quem locum D. A. Matthæus urget. *disp.* 7. *fundam. th.* 18. loquitur enim non de comprivigna, sed de sorore consanguinea, *ὁμοπατρία ἀδελφή σου ἐστι, soror tua ex eodem patre est,* ajunt LXX. At nec Cl. Wissenbachius Noster *disp.* 6. *ad Inst. th.* 30. persuadere sibi po-

(n) *Pos.* 37. 38. 39. 40. & 41.

(s) *Justinianum affirmative scripsisse, satis evincit vir clariss.* Everard. Otto in dissert. de nupt. consob. C. 4.

* Jure Saxonico inter consobrinos matrimonium est prohibitum, quod demum inter consobrinorum utrimque liberos justum esse dicitur. Ord. Eccl. t. gen. *von Ehe-Sachen.* spec. *Welchen Personen sich mit einander in Ehegelobnik einzulassen verboten.*

poteſt, quin hæc explicatio tautologiam textus inferat, cum idem ℣. 9. dictum putet; ſed potius eſt, ut ibi de forore germana & uterina tantum agi videatur, hic de conſanguinea. Affinium conjuges nobis affines non ſunt; etſi Canonici hoc ſecundum genus affinitatis vocant; tamen privigni viduam ducere nequeo, *l.* 15. *de rit. nupt.* Ergo nec ſecundam vitrici uxorem privignus poteſt, ob reverentiam nominis & imaginem paterni reſpectus: * Eadem ratione uxoris filiam, poſt divortium, ex alio natam, jungere mihi prohibeor §. 9. *h.t.* Extra has ſpecies legibus expreſſas, confuſio nominum matrimonii copiam non reſtringit, ut Sandius docet *lib.* 2. *deciſ. tit.* 1. *def.* 9. ubi caſus ſunt mirabilis confuſionis; ut cum tu mihi filiam tuam, ego tibi meam, collocamus, vel cum Pater meus filiam uxoris meæ ducit, quod utrumque licet, *l. ult.* §. 14. *de grad.* quamquam major ibi nominum abuſio videtur, quam Myrrha ex inceſtu ſuo prævidet, apud Ovid. 10. *Metamorph.* 9.

Tune ſoror nati, genetrixque vocabere fratris;
Nec quod confundas & jura & nomina, ſentis?

Nam in ultimo caſu Pater eſt uxoris meæ gener & ſocer, Ejus uxor, mea noverca & privigna; adeoque & ego Patri ſum ſoceri & vitrici loco, ne plura, quæ inſunt abſurda, evolvamus. Sed Lex omnibus tollendis ſcrupulis non ſufficit, aliquid conſcientiæ hominum relinquere cogitur, Ἐν ὑμῖν ἀυτοῖς κρίνατε εἰ πρέπον ἐστι, dictum eſt Pauli, *cum animo veſtro ipſi perpendite, an decorum ſit*, 1. *Corinth.* 11. ℣. 13. & noſter Paulus *l.* 14. §. 3. *in fin. de rit. nupt. In re dubia certius & modeſtius eſt hujuſmodi nuptiis abſtinere.*

16. (o) Habuerunt etiam alias Romani prohibitiones mere civiles, qualis, ne Senator duceret libertinam, ex L. Papia, *l.* 23. *l.* 44. *de rit. nupt. l. pen. C. de nupt.* quod hodie ſublatum; modo dotalia inſtrumenta conficiantur. *l. ult. C. eod. Auth. ſed novo jure. C. de nat. lib.* Porro Præſes, vel qui officium in provincia gerit, ejuſve filius, uxorem ex eadem provincia ducere prohibetur, *l.* 57. *l.* 63. *de rit. nupt. tit. C. ſi quac. præd. pot.* Tutor vel Curator pupillam adultam, nec ſibi; ** nec filio, nec nepoti collocare poteſt, *l.* 59. *de rit. nupt.* ſed filiam ſuam dare adoleſcenti, quem curat, poteſt, *l.* 64. §. *ult. eod.* quia hunc non ſubigit reverentia uxoris, ut pupillam maritalis poteſtas, quo minus libere a viro aut ſocero exigat rationes; aut bona ſua conſumenti obſiſtat; ut Cicero Publiliam divitem puellam tutelæ ſuæ commiſſam duxit, cujus pecunia æs alienum diſſolveret, teſte Tyrone Tullio apud Plutarch. *in vit. Cic.* ipſoque in *epiſtolis*. Damnatam adulterii uxorem ducere non licet, *l.* 9. *C. ad L. Jul. de adult.* Denique ſuſceptor non poteſt eam ducere, quam e ſacro baptiſmatis fonte levaverit. *** *l.* 26. *C. de Nupt.* Cæterum, Canones Pontificum vetuſii ad uſque ſeptimum ſanguinis & affinitatis gradum hanc prohibitionem extendunt, *c.* 35 *q.* 3. *c.* 19. & *c.* 21. novi ad quintum, ſcil. ſuæ computationis, qui eſt nonus juris Civilis, *cap. ult. d. Conſang.* Hunc ſanciendi rigorem diſpenſandi facilitate temperant, in rem ſuam, quando omni die, pretio accepto, matrimoniis jure divino nefariis indulgent. (*6*) Iidem Canones affinium conjuges, etſi nulla paterni reſpectus imago intercedat, nobis jungi vetant, *d. cauſ.* 35. *q.* 3. *c. ult.* & Juſtinianæam prohibitionem inter ſuſceptam & ſuſceptorem, longius produxerunt, olim pluribus, hodie Tridentino decreto, gradu ſecundo, quod Pius V. confirmavit 7. *Decretal. lib.* 4. *tit.* 2. *c.* 2.

17. (p) Fuerunt præcepta Legum; ſequitur ſanctio in §. 12. *h. t. Si adverſus ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Ergo quolibet præceptorum neglecto, matrimonium eſt ipſo jure nullum, hoc §. & *l.* 5. *C. de LL.*

Proin

(o) *Poſ.* 41. 42. 43. 44. (p) *Poſ.* 45. 46.

(*6*) *Vellem allegaſſet auctor exemplum ſimilis induiti; quod, ſi reperire potuiſſet, indubie ſtudio carpendi pontifices non omiſiſſet. Meliori ſane fundamento hoc ipſis reformatorum Principibus, Luthero ejuſque aſſeclis exprobrare potuiſſet, qui anno* 1539. *Philippo Haſſiæ Landgravio induſſerunt ut duas eodem tempore haberet uxores. Quod certe jure divino non licet, ut Auctor obſervat n.* 3. *h.t. ſed hunc rigorem temperarunt, ut monaſteriorum bona in rem ſuam vertere ipſis concederetur.* Vide Boſſuet hiſt. des variat. des Egliſ. proteſt. Liv. VI.

* In Saxon. prohibitio nuptiarum in ſecundo genere affinitatis ex obſervantia obtinet, etiamſi Parentum & Liberorum reſpectus ceſſet, ſecundum Carpz. *Jur. Conſ. l.* 2. *d.* 101. *ſq.*

** Expreſſa lege apud nos aliud non eſt conſtitutum, interim videas rationibus redditis, hanc licentiam tutori non æque denegari, Beuſt *de ſponſ. p.* 1. *c.* 31. verb. *de Jure Canon.* Carpz. *p.* 4. *C.* 20. *d.* 17.

*** Hæc ſpiritualis affinitas apud nos non attenditur, adeoque etiam abſque ulla diſpenſatione nuptiæ inter ſuſceptam & Patrinum recte celebrantur, Carpz. *Jur. Conſ. l.* 2. *def.* 94. Schilter. *ad ff. Exerc.* 36. §. 50. Interim in iis locis ubi de abrogatione l. 26. C. d. R. N. expreſſa vel tacita non conſtat, tutiſſime petitur diſpenſatio.

Digitized by Google

Proin gratis quæritur, an conjugium fine Parentum voluntate contractum rescindi possit; nam quod nunquam colligatum fuit, id resolvere frustra labores: nec inepte noster T. Faber *disp*. 5. *th*. 12. matrimonia fine Parentum consensu contracta an dissolvi possint: *Negatur, ait, contra eos, qui negant tamen*. Sandius *lib*. 2. *tit*. 1. *defin*. 4. multos facri & profani juris consultos recenset, qui sic statuant; ab initio Patrem impedire quidem nuptias posse, at contractas & coitu liberisque obsignatas distrahere, id durum & iniquum videri; quod erudite refutat. Nam cum ea conjunctio nihil quam continuatum stuprum sit, quid est quod separationem rei spurcæ prohibeat? absurdum est dictu, copula carnali, quæ novum peccatum est, matrimonium coalescere; consensu legitimo, non concubitu prohibito nuptiæ perficiuntur, *l*. 30. *d. R. J*. nec aliud jure divino *Exod*. 22. ℣. 16. & 17. Rationes fecus opinantium, inani specie æquitatis & clementiæ, aut reputatione ejus quod utile factu sit, aut familiæ decorum, nituntur, quæ res ab Juris disceptatione alienæ sunt. At loca *l*. 1. §. *f. de lib. exhib*. & Pauli 2. *sent*. 19. sic respondetur; *L*. 1. §. *ult*. agit de justo conjugio quod olim pater vi potestatis suæ turbare poterat, Cujac. *parat. ff. de lib. exhib*. hodie non potest, *l*. 5. & 6. *C. de repud. De sent*. Pauli *v. P*. 2. *Digr*. *l*. 1. *c*. 16. * Denique inter effectus nullitatis est & ille, quod liberi contra legum præcepta nati, non pro natis e conjugio, sed spuriis habeantur, quod ad jus patriæ potestatis attinet; alioqui differunt; Nam spurius proprie dicitur, qui vulgo conceptus & incerto Patre natus est ex meretrice, a quibus stricte differunt *illegitimi*, itemque *nothi* seu naturales, ex concubinatu editi. Pergamus ad alteram patriæ potestatis causam.

18. (q) *Legitimationem, quæ nihil est quam Actus, quo liberi naturales fiunt legitimi*. Naturales aliquando adoptivis opponuntur & legitimos comprehendunt, *pr*. & §. 7. *tit. seq*. Hic legitimis opponuntur, & sunt, qui tantum naturaliter extra justas nuptias sunt procreati, quibus natura sola, non Lex adest. Respectu matris omnes liberi naturales paris sunt juris, tam certo quam incerto patre nati, §. *pen. infr. ad Sc. Orfit*. Sed viris hi tantum sunt naturales, qui ex concubina suscipiuntur, cum qua poterat esse connubium, *hoc* §. *ult*. Atque hi soli quos & nothos dicimus, legitimationis objectum sunt. Spurii & injusti non legitimantur, quia Patrem, cui potestas Patria convenire possit, non habent. Pro spuriis habentur & hi, qui e furtivis amplexibus, certo licet Patre, non tamen e concubinis, nascuntur, *N*. 89. *c. pen*. & *ult*. Sed hi nostris moribus, quod ad legitimationem, jure naturalium habentur, Grotio teste *l*. 2. *manud*. *c*. 12. Et in Frisiæ Statutis sub *tit*. de concubinis, agitur de hoc genere, *l*. 1. *tit*. 4. & expresse *tit*. 17. §. *ult*. Modus legitimationis *hoc* §. duplex ponitur: per oblationem Curiæ & per subsequens matrimonium. Illa est, cum Pater filium nothum offert Curiæ, id est, ordini Decurionum, (qui instar Senatorum in municipiis erant) ut Curialibus seu Decurionibus adscribatur, eorumque oneribus (quæ tanta erant, ut sæpe Christiani pœnæ loco, curiis addicerentur, Brisson. 4. *antiq*. 18.) obnoxius reddatur; *Curiæ nexibus obligare* ait *l*. 3. *C. de nat. lib*. eademque tamen *curiæ splendore honestare*: etsi non tam honos quam munus fuit decurionatus §. 4. *d. tit*. *l*. 1. *C. de decur*. Sed curiales eorumque onera, dudum ab usu temporis recesserunt, ut certum sit, hodie nulla hujus legitimationis extare vestigia.

19. Secundus modus est, *subsequens matrimonium*; Si quis enim cum matre filiorum naturalium, dotalia instrumenta composuerit, hoc ipso liberi fiunt legitimi, *l*. 10. *C. de nat. lib*. ** Consentaneum est, vitium ex defectu conjugii ortum, vi solius conjugii sublatum esse, adeoque nihilo plus ad hanc legitimationem quam ad matrimonium requiri, ad cujus naturam nec dos nec instrumenta pertinent, *l*. 22. *C. de nupt*. *l*. *ult*. *C. de don. int. V*. & *U*. etsi in historia hujus legitimationis, dotalia fere semper instrumenta memorentur, *hoc* §. *ult*. *l*. 10. & *l*. 11. *C. de nat. lib. Nov*. 89. *c*. 11. *pr*. ubi, *liberi post dotem editi, post dotem conscriptam progeniti*, legitimari dicuntur, quasi dotis hic & scripturæ effectus sit. Sed nota, non dici matrimonium, per quod legitimatio fit, instrumenta requirere, sed ipsam legitimationem compositis dotalibus fieri, fine alia conjugii mentione, quod liquet improprie esse dictum. Instrumenta nuptialia pro conjugio usurpantur, quia plerumque adhiberi solent, ut legem ius scriptum dicimus, quia plerumque scribitur, non

(q) *Pos*. 47. *ad fin*.

* Conf. Ant. Schulting. *ad Paul. cit. loc. n*. 6. *in Jurispr. Ante-Justin. p*. 100.

** Hinc instar legitimorum, fuæ nativitatis ordine in feudo & allodio succedunt. vid. *Dec. El*. 49.

Digitized by Google

non quod hoc essentiale sit. Proin legitimatio sit, *compositis dotalibus instrumentis*; id est, per matrimonium, quemadmodum & perpetuo duci uxor pro nubere ponitur, ut tamen ducere non sit de essentia, confer §. 4. *infr. quib. mod. patr. pot. solv. l.* 1. *C. de emphyt. &c.* Denique *l.* 5. *d. t. C. de Natur. lib.* inspice, in verbis: *mox postquam* &c. videbis a matrimonio solo esse vim legitimandi; cæterum, posse hanc legitimationem in articulo mortis celebrari, consentiunt Dd. nec ratio refragatur. Gail. 2. *obs.* 141. *n.* 8. Denique, cum pater ducere concubinam, vel mortuam, vel indignam nequit, tum ad preces ejus liberi rescripto Principis legitimantur, *Nov.* 89. *c.* 9. & 10. quod tamen, si alii extent liberi legitime nati, vix impetratur *d. N. c.* 11. §. 1. Eandem cum supplicatione vim habet significatio a patre testamento facta, cupere se, ut filius jura legitimi consequatur *d. cap.* 10. Unde colligitur, male Pacium in *analys. ad h.* §. aliosque, pro quarto legitimandi modo nobis obtrudere nominationem, quia Pater in testamento, vel publico instrumento, aut privato tribus testibus subsignato, naturalem suum absolute *filium* dixerit, non adjecto, quod nothus sit. *N.* 117. *c.* 2. Rectius alii ex tali appellatione filii, præsumptionem tantum in dubio nasci volunt, filium esse legitimum, quamdiu contrarium non probatur: Verba textus, *hujusmodi filios esse legitimos*, explicantur per sequentia, *& nullam aliam probationem ab iis quæri*. Ut, si scriptum in instrumento fuerit, aliquem promisisse, perinde habetur ac si promisisset, §. 12. *Inst. de inutil. stip.* si tamen contrarium probetur, nihil debebitur, *l.* 7. §. 12. *de pact.* æque si scriptum sit a Patre, aliquem esse filium suum, perinde habetur ac si esset legitimus; quod si contrarium doceatur, nihil erit quam nothus. Cæterum, non esse Legitimationem actum Legitimum, probavi *lib.* 2. *Digress. c.* 12.

TIT. XI.

De Adoptionibus.

I. Definitio & Divisio. II. Discrimen utriusque speciei triplex. III. Refellitur fictio, quæ fit in l. 10. C. de Adopt. *IV. De arrogatione impuberis. V. Regulæ*, adoptio naturam imitatur, *usus & effecta. VI. De effectu adoptionis. VII. Adoptio servi. VIII. De usu adoptionis.*

(a) ADoptio, quæ tertia causa Patriæ potestatis, est Legis actio, (*l.* 3. *de off. Proc.*) *qua qui natura filius non est, in jura filii adsciscitur*, adeoque ex Patris sui Naturalis familia in adoptivi potestatem transit. Fit autem Adoptio duobus modis, aut Principis Rescripto, quæ vocatur Arrogatio, aut Imperio Magistratus, * quæ Adoptio stricte dicitur *h.* §. 1. Nam Testamentaria, quæ Romæ crebro erat in usu, nomine tantum adoptio fuit; a natura veræ adoptionis ejusque scopo aliena, qui est Patria potestas; atqui testamentum non nisi post mortem valet, & ridiculum est, patrem fore Testatorem, cum non erit amplius, quam absurdum est, maritum uxori Patrem esse? At Augustus Liviam conjugem testamento adoptavit; adoptionem enim vocat Tacit. 5. *ann. pr.* quod proprie magis 1. *ann. c.* 8. dixerat adsumptionem *in familiam Juliam nomenque Augustæ*. Talis fuit illa Tiberii, de qua Sueton. eum *testamento adoptatum*, *hereditate adita*; *mox nomine abstinuisse*. Adoptio stricte sumpta est, qua liberi a parentibus, in quorum potestate sunt, auctoritate Magistratus, in aliorum potestatem traduntur. Fiebat olim per tres emancipationes, & duas manumissiones; ait Imp. in *l. ult. C. h. t.* Nam quia lege Romuli Pater semel ac iterum poterat vendere filium, qui tertia demum mancipatione liber exibat: ad imaginem hujus juris, Pater naturalis bis filium mancipabat, id est, vendebat adoptivo Patri, hic emptum bis manumittebat; tum quasi renovato jure naturæ, Pater eum tertio mancipatum *Adoptivo* in jure cedebat, id est, plene in eum transferebat, qui sic vindicare filium dicebatur, Gell. 5. *c.* 19. & jam ter mancipatum, bis manumissum, quasi emptum in potestate retinebat. De Augusto Sueton. *c.* 64. *Cajum & Lucium adoptavit domi per assem & libram*, *emptos a Patre Agrippa*. Nam in hisce imagi-

(a) *Pos.* 1. & 13.

(*) Jure Saxonico judicem pro tribunali sedentem præcise requirunt a. *L. R. l.* 2. *a.* 10. Coler. *Dec.* 212. *n.* 4. phi. Bpp. *Uf. Pr. Inst. l.* 1. *Ed.* 78. *n.* 3. Kulp. *Diss. de adopt. & emanc. Princ. th.* 2. Hahn. *ad Wes. tit. de adopt. n.* 5. *verb. Jure Sax.*

Digitized by Google

imaginariis venditionibus assem & libram semper adhibebant, *ut infr. videb. ad* §. 1. *de testam. ordin.* Jure novo, sublato hoc circuitu, sufficit, adoptionem *actis intervenientibus apud competentem judicem manifestari*, præsente utraque parte & non contradicente, ut tacitus consensus sufficiat. §. 8. *tit. seq. d. l. ult.* Quid sit *actis intervenientibus*, videbimus *infra*.

2. (b) Adrogatio est eorum, qui cum sui juris sunt, per Principis rescriptum * in alienam sese potestatem tradunt. Duplex igitur inter hanc & adoptionem est discrimen. 1. Auctoritatis, quæ hic est Principis, ibi Magistratus. 2. Personæ subjectæ, quæ hic est Paterfamilias, ibi filiusfam. §. 1. *h. t.* Olim adrogatio per populum *rogatione* Comitiis Curiatis perlata fiebat; etiam uterque an filius esse & filium suscipere vellet rogabatur, unde nomen adrogationis est; & sic nihil vetat conciliare in etymologia Cajum, *l.* 2. *princ h.t* cum Gellio, *d. l.* 5. *cap.* 19. quorum hic a populi rogatione nomen deducit, cujus solennem formulam proponit: *Velitis. Jubeatis. Quirites. Uti. Lucius. Valerius. Lucio. Titio. tam. jure. Lege. q. filius. sibi. sit. quam. si. ex. eo. Patre. Matre. q. familias. ejus. natus. esset. utiq. ei. vitæ ne cisque in eo. Potestas. uti. Patri. endo. filio. est. Hæc. ita. uti. dixi. ita. vos. Quirites. rogo.* Adrogatio per populum etiam sub Principibus aliquamdiu continuata est; donec, his rescripta indulgentibus, antiquus mos evanuit, *l.* 2. *in fin. C. h. t.*

Est & tertium discrimen. Adrogatio semper transfert patriam potestatem, Adoptio non aliter quam si ab aliquo adscendentium fiat, §. 2. *h. l.* 10. *C. h t.* olim indistincte, *l.* 32. *& l. seq. pr. l.* 37. §. 1. *D. h t.* quibus proinde *per d.* §. 2. *& l.* 10. derogatur.

SCHOLIUM AD POS. III.

Quid hic velit Auctor, ingenue fateor, me non intelligere.

RESPONSIO.

Atqui nulla causa videbitur iis, qui textus inspicere non gravabuntur. Nam in l. 32. *& seq. traditur, adoptionem simpliciter omnem, transferre patriam potestatem. In* §. 2. & l. 10. *traditur, adoptionem ab extraneo factam, non transferre patriam potestatem, quæ est notabilis derogatio, per quam effectus adoptionis plus dimidia parte coarctatur. Sunt tamen* in d. th. 3. *hæc verba concise posita*, l. 10. C. de adopt. ubi non est fictio, nec in §. 14. l. de Succ. ab. intest. At horum verborum explicatio traditur paulo inferius in *hac ipsa thesi*.

N. ADDIT.

Ita est: concisio verborum tum peperit obscuritatem. Cum enim scriptum esset in posit. th. 3. *In* l. 10. C. de adopt. *non est fictio, nec* in §. 14. *l.* de succell. ab int. *sed per* §. 2. *&* d. l. 10. *derogatur* l. 32. & seq. in pr. l. 37. §. 1. h. t. *Cum, inquam, ita scriptum esset, videbatur sensus Autoris esse, ac si per verba*: Sed per &c. *ratio redderetur prioris assertionis quod in l.* 10. *C. non sit fictio: quam tamen rationem in dictis textibus non poteram invenire. Nunc autem omnia sunt plana.*

3. Sed Justinianus sollicitus ne adoptati forte post mortem Patris naturalis ab adoptivo emancipati, & hujus & illius successione exciderent, constituit, adoptione ab extraneo facta, id est, tali, qui non sit in adscendentium gradu, jura naturalia non dissolvi, *sed manere integra ad omnes successiones. l.* 10. *C. h.t.* In adscendentibus id supervacuum credidit, quia nepos v. c. ab avo materno adoptatus, non metuit a successione excludi. Ideoque etiam num Adoptio facta ab aliquo maternæ lineæ; more vetusto patriam potestatem transfert *hoc* §. 2. *d l.* 10. Ex qua hunc §. male esse descriptum, vult D. A. Matth. *in not. ad h.* §., volebat & Wissenbachius noster *ad hunc tit.* quasi duntaxat fingatur, adoptatum ab extraneo non transire in adoptantis potestatem, revera autem transeat. Nobis hæc fictio non satis probari videtur ex *d. l.* 10. neque ex §. 14. *infr. de successl. ab intest.* Plus roboris habent verba indubitata hujus §. 2. ubi: *nec in potestate ejus est*: nec melior ipso Justiniano sui interpres quærendus.

Imo, in *ead. l. omnia igitur maneant integra jura*, habetur, & §. 1. *cum per omnia naturæ suæ filium adgregaverimus*. Ne autem restringas illud *omnia* ad successionis jura, subjicitur, res a filio acquisitas usufructu tenus manere in sacris patris naturalis, at nihil hoc ad successionem, inter vivos sit acquisitio illa. Unde liquet, indistincte remanere patriam potestatem; & illud, *in sacris*, *est* ἐμφατικὸν potestatem

(b) *Pos.* 2. 3.

(*) In Saxonia Rescriptum Principis non requiri, sed Magistratus authoritatem sufficere, tradunt Schulz. *in Syn. Inst. h. t. lit. a.* Schilter. *ad ff.* .. *x.* 3. §. 16. Sed contrarium est verius, ita tamen, ut recursu ad Imperatorem in adrogatione neglecto, omnes status Imperii vi superioritatis territorialis, adrogationes confirmare valeant, v. Maul. *de Statib. Imp. c.* 3. *n.* 33. Nicol. *Res.* 6. *n.* 39. *seq.* Stryk. *Us. Mod. ff. l.* 1. *t.* 7. §. 6. *& l.* 4. *t.* 3. §. 6. Conf. Gribner. *disp. de jure legitimand. princip. Imp. Lips.* 1705. *hab.*

tem patriam significans, *l. 2. C. de bon. quæ lib. l. 3. C. de bon. mat.* Verba *d.* §. 14. *quasi* non *fuisset in alienam translatus*, ex quibus fictionem suam D. Matthæus colligit, vel sic possunt capi; *ut qui translatus non sit*, neque enim *quasi* semper fictionem notare, multa probant, ut quasi procurator, *l. 65. de Procur.* quasi tutor, *l. 1. §. 5. de eo qui pro tut.* quasi suspectus *l. 7. §. 1. de susp. tut.* Vel translatio in alienam familiam de externa societate domestica, quam hæc adoptio conciliat, accipienda est; hoc sensu: *quasi nullus adoptionis actus intervenisset*. Posterior responsio congruit alii quoque objectioni. Adoptatus ab Extraneo emancipatur *d. l. 10. §. 1. & 2.* Ergo in potestate fuit, *arg. §. 6. tit. seq. Resp.* Emancipatio est qualis adoptio, utraque irregularis, significat hic solutionem qualiscumque necessitudinis. Ita explicatur *l. 10. C. h. t.* in qua si quid ambigui superest, quis meliorem ipso Justiniano interpretem velit? Qui in *d. §. 2. h.* cum dixisset, adoptionem Patriam potestatem transferre, *sed hodie*, inquit, (nota adversativam locutionem,) *cum extraneus filiumfam. adoptat, jura Patris naturalis minime dissolvuntur, nec quicquam ad Patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est.* quod repetit §. 8. *tit. seq.* ex opposito distinctionis membro: solvitur Patria potestas, cum ab aliquo adscendentium fit, non igitur si ab extraneo. At §. *hic* 2. male descriptus est ex *l. 10.*, ajunt; fateor, si aut Justiniano non liceat pressius se explicare in Institutis quam in Codice, vel si clarius loqui sit male describere. Puto, si quid plus sit in Institutionibus, quod non pugnet cum authenticis constitutionibus, id æque valere, ac si in Codice haberetur, *per §. 6. proœm. Inst.*

4.(c) Olim nec mulieres nec pupilli poterant adrogari, quia feminis comitia non dabantur, neque pupillus auctor sibi ipse erat idoneus, & tutoris potestatem hæc res excedebat, Gell. *d. c. 19.* hodie ratio, quæ feminas prohibuit, cessat, *l. 21. h.* & impuberes adrogari permisit Antoninus Pius, Ulpian. *tit.* 8. modo diligens causæ cognitio & certæ conditiones observentur. §. 3. *h. l. 17. & seqq. h. t.* Cognitio circa duo vertitur, *an honesta sit adrogatio, expediatque pupillo h.* §. 3. Ad honestatem pertinet, an sancta sit affectio. *l. 17. §. 1.* μὴ δὶ αἰσχρὸν ἔρωτα, *ne ob turpem amorem fiat*, ait Theoph. indicans, non defuisse qui nefariæ libidini potiundæ sanctissimum Patris nomen prætexerent, & obtentu παιδεραςίας Laconicæ, (de qua vid. Emmium *descr. Reip. Lac.*) Sodomiticam exercerent. Videndum quoque, an non adrogator ipse liberis operam dare possit, aut liberos habeat, præcise tamen negari jus adrogandi his, qui Patres sunt, vel fieri possunt, non putem *d. l. 15. §. 2.* quemadmodum & in cognitionem venit an adrogator sit minor 60. annis, nec tamen minori 60. negatur abscisse adrogatio: Lex enim annis saltem 18. requirit, ut adoptans præcedat adoptatum. §. 4. *h.* Dein cognoscitur an adrogatio impuberi futura sit utilis. *dd. ll.* Nam etsi filius succedendi quidem jus Patri consequeretur, Adrogator tamen confestim dominus omnium ejus rerum fiebat, *infr. de acquisit. per arrogat.* eoque videndum, ne non potius hoc lucrum sibi, quam pupilli commodum affectaverit, proinde facultates aliaque æstimanda, de quibus in *d. l. 17.* quanquam hæc cognitio in omni adoptione suo modo adhibenda sit. Ulp. & Gell. *d. loc.*

Sed conditiones, quæ sequuntur, tres *hoc* §. 3. fortius spem improbam Adrogatoris præcidunt. Satisdare enim, id est, cavere datis fidejussoribus cogitur, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui ab intestato erant successuri. *h. §. 3. l. 18. cum 2. seqq. h. t.* Cautio debet fieri personæ publicæ, τοῦτ' ἐςι τῷ ταβουλλαρίῳ, id est tabulario, *Theoph.* qui servus Reip. erat, *d. l. 18. l. 2. D. rem. pup. salv.* & adhibetur stipulationibus acceptandis, cum is ad quem spectat non potest, ut si infans sit, vel incertus, veluti hoc casu; neque enim constat quis, cum impubes moritur, legitimus heres sit futurus. Adrogator igitur non succedit filio impuberi adrogato. Secunda conditio est, si adrogationem retractare & filium Pater emancipare velit, id non permittitur nisi causa cognita; si autem dignus dimissione, τοῦ ἐκβληθῆναι, *ejectione*, ut Theoph. reperiatur, propria bona cum incremento, id est cum fructibus, ei reddenda sunt, *d. §. 3.* Postremo, si absque justa causa eum emancipavit, vel exheredarit Pater, quartam quoque suorum bonorum ei relinquere jubetur. (1) Quæ plerumque & est quarta omnium bonorum

(c) *Pos. 4. 5.*

(1) *Adeoque indistincte sive eum justa de causa sive injusta exheredarit, hanc quartam ei relinquere jubetur*, Arg. l. 8. §. 15. ff. de in offic. test. *Atqui filio naturali justa de causa exheredato nihil relinquendum? Sed adrogator non emancipando filium adrogatum, injuriam sibi illatam remisisse intelligitur, quæ ratio non habet locum in filio naturali, cum emancipatio naturalium fiat ex benevolentia, adoptivorum ex odio.*

rum, & portionis ab intestato; solent enim adrogati in domo paterna soli esse, cum his qui liberos habent vel habere possunt non facile permittatur adoptio . §. *præced.* Et hinc ex eo, quod plerumque fit, textus absolute loquuntur de quarta bonorum, quia ut plurimum omnia bona debentur adrogatis ab intestato. *h.* §. 3. *l. ult. Si quid in fraud. patron. l.* 22. §. 1. *h. t.* Si tamen Adrogatorem contingat plures habere aut suscipere liberos, non est ab iis recedendum, qui censent hanc quartam esse portionis ab intestato debitæ & non omnium bonorum; absurdum enim, adrogatos liberalius quam naturales liberos haberi, quibus certum est exheredatis quartam intestati tantum deberi, *l.* 8. §. 8. *de Inoff. testam.* quæ tamen & quarta bonorum dicitur, *l.* 6. *C. eod.* ut sic etiam explicari possit indistincta locutio in *d.* §. 3. *l.* 22. §. 1. (2)

5. (d) *Adoptio Naturam imitatur*, ait Imp. *in* §. 4. generaliter, quia supplet defectum naturæ; sed in terminis singulorum effectuum **imitatio hæc naturæ magis videtur** negativa **esse quam positiva, ut nihil contrarium**, quod non fieri **per naturam possit**, contineat. Hinc quia pro monstro est, filium Patre majorem esse, adoptare etiam nemo alium potest nisi cujus per ætatem Pater esse queat; neque vero hic minimum tempus spectatur: Nam licet nuptiæ ab anno decimo quinto iniri possint, raro tamen fieri videmus ut non pluribus annis **major** sit pater filio. Ergo non tempus nuptiarum, quod per leges liceat, sed generationis, quo solent Patres fieri, attenditur, nempe annis 18. *inchoatis*.

SCHOLIUM.

Sed de inchoatione nihil est in Legibus, quia potius verbum præcedere; *quod in* §. 4. hic *extat, ad implementum anni* XVIII. *videtur respicere, juncto arg. l.*40. *de Legat.* 1. *Videtur equidem* Noster *respexisse ad* §. ult. qui & ex quib. caus. manum. non poss. *juncta* l. 13. de manum. vind. *& verbis* §. 4. h. plena pubertate &c. *sed his non obstantibus*, *verbum* præcedere, in eodem §. 2. l. 40. §. 1. h. t. conjecturam istam superat.

RESPONSIO.

Verba textus in §. 4 *h. t. sunt hæc*; Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere, sicut etiam in *d. l.* 40. §. 1. *h. t. Plenæ pubertatis ratio alimentorum respectu imprimis reperta est, quam Hadrianus constituit in pueris* usque ad annum decimum octavum, *l.* 14. §. 1. *de Alim. legat. quibus verbis initium anni octavi decimi non puto dubium esse indicari, idque juvatur inde, quia plena pubertas est extensio pubertatis contra usum verbi; cujusmodi extensiones restringendas esse vult ratio & usus. Accedit, quod verba d. l.* 13. *de manum. vind.* non minor annis 18. *explicantur, in d.* §. *ult. I. Quib. ex caus. manum. ita*, nisi decimum septimum annum impleverit & decimum octavum attigerit. *Hæc satis evidentia videntur. Verbum* præcedere, *quod urget Scholiastes, nihil præjudicat; æque enim XVIII. inchoati* præcedunt *quam impleti. Argumentum ex l.* 49. *de legat.* 1. *parvi momenti reperietur, si conferas l.* 48. *de C. & D. l.* 74. §. 1. *ff. ad Sc. Trebell.*

N. ADDIT.

Ut ab ultimo incipiam: argumentum illud ex l. 49. de leg. 1. *ita leve non est, ut videtur Autori. Agitur ibi de sensu phraseos quatuordecim annorum esse, & definitur, quod quatuordecim anni debeant esse adimpleti. Jam vero* 18. *annis* præcedere *aliquem plus infert, quam* 18. *annorum* esse. *Sed, inquit Noster, æque* 18. *anni inchoati præcedunt ac impleti. Ita quidem est. Sed phrasis* 18. *annis aliquem præcedere non usurpari solet de inchoatis. Etiamsi vero* d. l. 49. de leg. 1. *nunc conferas cum* l. 48. de C. & D. *&* l. 74. §. 1. ad Sct. Trebell. *propterea tamen hactenus dictorum pondus non allevabitur. Agitur ibi de plane alia phrasi, sc.* pervenire *ad annum vigesimum. Pervenit etiam, qui attingit. Et tamen textus allegati ostendunt, de hac phra-*

(d) *Pos.* 6. 7. 8. 9.

(2) *Rarior olim fuit illa quæstio & vix incidere potuit, quartane omnium bonorum an portionis legitimæ intelligenda sit in constitutione D. Pii? Cum non nisi difficulter existentibus liberis naturalibus adrogatio concederetur, iisque non existentibus unus tantum adrogabatur.* L. 15. §. 2. l. 17. §. 3. ff. de adopt. Perizon. C. 3. animadv. hist. *Cum tamen sint quædam exempla eorum, qui, cum sine liberis non essent, adoptaverunt alios, probabilius contra auctorem dicitur D. Pium quartam omnium bonorum intellexisse. Dicitur enim in* §. 3. *inst. h. t.* quarta bonorum suorum. *In l.* 2. *C. de adopt. & in l. ult. ff. si quid. in fraud. patr.* ex bonis quæ mortis tempore illius qui adoptavit fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est. *Et, si illa quarta non esset relicta, non instituebatur querela inofficiosi testamenti, sed actio familiæ erciscundæ* l. 2. §. 1. ff. fam. ercisc. *Neque absurdum adrogatos liberalius haberi quam naturales, cum & justa de causa exheredati adrogati liberalius haberentur. Levius est quod quarta legitima alicubi dicatur etiam quarta bonorum, cum textus alii abunde dicant quid per eam quartam intelligendum sit, sed hoc nullibi sic dicitur de quarta D. Pii.*

Digitized by Google

phrasi etiam plurimos sensisse, quod solum de adimpletis explicari debeat, aut quod consideranda sint negotia, de quibus sermo fit & pro eorum diversitate diversimode explicari debeat illa phrasis. Atque hæc hypothesis ultima maxime quadrat ad ostendendam verosimilitudinem interpretationis nostræ in materia præsenti. Concedimus, plenam pubertatem constitutam esse, (an ita ex libera, & pro ratione stante voluntate inventa sit, mox apparebit) ab Hadriano in doctrina de alimentis legatis d. l. 14. §. 1. de alim. leg. *Sed quod Autor addit, non dubium esse quod intelligantur inchoati, in eo videtur latere petitio principii, cum illud quod in feminis plena pubertas extensa sit ad annum* 14. *& adeo, ut videtur, ad pubertatem ordinariam masculorum, potius videatur suadere contrarium. Deinde etsi demus, plenam pubertatem denotare in materia alimentorum annum* 18. *inchoatum, tamen quod illam plenitudinem pubertatis postea JCti transtulerint ad adoptionem, ideo videtur factum, quia principii loco posuerunt, adoptionem imitari naturam. Jam vero rarius masculi tum temporis ante annum* 18. *feminæ ante* 14. *matrimonium inire solebant, etsi per leges illi anno* 14. *hæ anno* 12. *poterant. Unde etiam ipse Imperator Hadrianus istos mores postea videtur ad legata transtulisse. Igitur cum in legibus non debeat attendi quod semel aut bis fit, JCti etiam in adoptante voluerunt, ut præcedat non communi, sed plena pubertate, i. e. ut secundum mores consuetos* 18. *annos natus fuerit cum ex fictis nuptiis hunc filium generaret. Jam ergo, etsi demus, plenam pubertatem in iis masculis, qui matrimonium ineunt, denotare* 18. *annum inchoatum, antequam tamen partum ex isto matrimonio suscipiant, requiritur tantum spatium, ut annus* 18. *eorum compleatur, & sic secundum id, quod plerumque fieri solet, pater naturalis minimum* 18. *annis completis major sit filio naturali. Hoc vero naturale imitata est adoptio.*

Alexander Severus annorum duodecim, ab Heliogabalo quatuordecim annos nato adoptatus est, sed Princeps a principe, & tamen irridentibus cunctis, γελοιότατα ψηφισαμένων πάντων, ut Herodian. *l.*5. *c.* 7. Subtilius satisfecit legi Marcus, anno decimo octavo L. Commodum adoptans, teste Capitol. Igitur plena pubertas requiritur, quæ anno 18. in maribus inchoatur, §. 4. *h. l.* 40. §. 1. *h. t.* in feminis (quod non tam hic quam in alimentis legatis usum habet *l.* 14. §. 1. *de alim. leg.*) ab anno 14. discrimine triennii, cum in prima pubertate biennium modo intersit; ratio esse videtur, quia puellæ maturius operis suis victum quærere possunt quam pueri, ut usus docet.

8. Porro adoptio non modo in filiorum, sed & nepotum imitationem fieri potest, non modo ab eo qui filium habet aut habuit, sed & qui nullum modo habere possit; neque enim necesse est convenire adoptionem cum natura, modo ei non repugnet: & est hic duplex tum fictio (contra id quod Dd. vulgo, duo singularia concurrere non solere) primo, filium habere aut habuisse eum qui adoptat, & secundo, nepotem ex eo: non quod filius ex quo fingitur nepos designandus sit, sed potest quasi ex incerto natus fingi. §. 5. *h. l.* 43. *h. t.* Quo autem loco adoptatus Patri naturali fuerit, nihil refert, cum ejus potestas extinguatur; proinde filius alterius a me ut nepos adoptari potest; qui nepos domi suæ est, mihi loco filii esse potest: nam licet alia sit nativitatis ejus conditio, tamen sufficit eum potuisse adoptantis esse filium. §. 6. *h.* Sed qui habens filium nepotem tanquam ex eo genitum adoptat, cum hoc effectu ut filio suus heres fiat, is consensu filii impetrato indiget. §. 7. *h.* Nam etsi agnatorum voluntas in adoptione non spectetur *l.* 7. *h. t.* nec filii quidem, si Pater tanquam ex alio vel incerto filio nepotem adoptet & tantum cupiat actum adoptandi inter se & nepotem subsistere, *l.* 43. *h. t.* tamen si non modo ipse avi sed & filium Patris loco velit esse adoptato, nihil agit nisi filio consentiente, quoniam invito nemini suus heres agnascitur. *d.* §. 7. Qua ratione Avus nepoti quem habet in potestate, sine Patris consensu nuptiis nequit autor esse, *l.* 16. §. 1. *de rit. nupt.* neptim vero solus avus recte matrimonio collocat, quia Pater e filia suos heredes non expectat. In amissione Patriæ potestatis non est eadem ratio, ut videbimus ad §. 6. *tit. seq.*

(e) Naturalis gignendi incapacitas, si peremptoria & desperata sit, ut in castratis sive Eunuchis, adoptionem penitus prohibet, non si externo & temporali incommodo impedita, ut in Spadonibus. §. 9. *h. l.* 2. §. 1. *h. t.* Spadones in genere sunt omnes gignendi incapaces: iique vel Spadones tantum, qui sperantur in venerem convalituri, vel castrati, *l.* 39. §. 1. *de jur. dot.* ubi & spadonibus nuptiæ permittuntur, non castratis, quibus tamen adoptio a Leone Imp.

(e) *Pos.* 9.

Digitized by Google

Imp. conceditur, *N*.36. Theophilus Eunuchos facit genus, eosque triplices, spadones, castratos, thlibias: quibus testes sunt attriti, nec magis quam castrati jus adoptandi habent. Quin & simplex Spadonis adoptio non tribuit patriam potestatem; cum descendentem nunquam habeat, adeoque nec adscendens ipse unquam, sed adoptatus ei semper extraneus sit, nisi impotentia genitori jam facto supervenerit, ut Theoph. Femina ut naturales liberos in potestate non habet, ita nec adoptione, quæ causa est patriæ potestatis, fungi potest. §.10. *h*. Tamen si qua mulier liberis amissis ad blandiendum ac imponendum dolori liberorum nomina desideret, conceditur ei Rescripto Principis adoptio, absque effectu tamen Patriæ potestatis, cujus plane est incapax *l*.29. §.3. *de inoff. test*. *l*.5. *C*.*h*.*t*. Et est species hæc, quæ notissimos adoptionis terminos excedat; cum nec adoptio sit stricte sumpta, quia non fit coram Magistratu; nec utique est adrogatio, licet rescripto Principis fiat.

6. (f) Cum adoptio naturam imitetur, consequens est adoptatos iisdem juribus subjici atque potiri quæ patriam potestatem in naturalibus liberis consequuntur, secundum distinctionem §. 2. *h*. Quibus juribus subjiciantur dixi *tit*. 9. §. 2. Potiuntur jure succedendi ab intestato, §. 2. *infr. de hered. ab int*. ex testamento heredes fiunt necessarii, §.4 *I. de exher*. &c. ideoque nihil vetat Adoptantem jus suum transferre, aliique filium cedere adoptandum, §. 8. *h*. non tamen Patri naturali, quoniam *imagine naturæ veritas adumbrari non debet*, *l*. 23. *de lib. & posth. hered*. atque ut natura Pater nemo, dum vivat, esse desinit, ita & in eo convenit adoptio, quod ad tempus fieri non possit. *l*. 34. *h*. *t*. Neque desunt tamen exceptiones in quibus adoptionis commentum naturæ effectu destituitur. Sic adoptivi nihil conferunt ad jus trium liberorum & evitandas orbitatis pœnas respectu hereditatum & honorum, *l*. 51. §. 1. *de Leg*. 2. aut excusationis a publicis muneribus, *pr. Inst. de excusat. tut*. Tacit. 15. *Ann. c*. 10. *Factum ex eo SCtum, ne simulata adoptio ulla parte muneris publici juvaret, ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset*. Conditio fideicommissi, *Si heres sine liberis decesserit*, non deficit, liberis per adoptionem adscitis, *l*. 76. *de C. & D*. neque succedunt Adoptivi in feudis. *c. adopt. si de feud. defunct*. Denique cognatio per adoptionem non conciliatur, nisi a parte Patris, quæ est agnatio, *l*. 23. *h*. *t*.

Postremo; ut Pater naturalis non modo filium, sed & nepotes ex eo, in potestate habet, §. *ult. sup. de patr. pot*. ita Adrogator & hunc, quem immediate adrogavit & liberos ejus potestate complectitur. §. 11. Cum enim liberi sint proprii Patris, necessario cui Pater subest, huic & liberi subjiciuntur, non secus ac bona ejus; in simplici adoptione id fieri nequit. Nam filiusfamilias liberos suos in potestate non habet, sed Pater ejus in cujus manu, cum adoptatur, eos relinquit. *l*. 40. Quod de Adrogatione dictum est, Imp. exemplo illustrat. Augustus diu cunctatus an Germanicum Drusi uxoris nepotem, cunctis laudatum, sibi successorem destinaret, precibus uxoris evictus privignum Tiberium prætulit, Germanicum secundo loco habiturus. Tacit. 4. *ann*. 57. Sueton. *c*. 4. *Calig*. Igitur Tiberium primo coëgit adrogare Germanicum, Sueton. *c*. 15. *Tib*. tunc ipse Tiberium in filium adrogavit, ut eodem actu absque nova adoptione Germanicus ipsi pro nepote esset, *h*.§.11. quo exemplo dein Hadrianus adrogavit Antoninum Pium, posteaquam hic Marcum, Marcus L. Verum adoptasset, uti sic uno actu Adriano filius, nepos, pronepos adscisceretur, teste Capitol. *in Marco & in Vero*.

7. (g) Habuimus *supra* casum quo adoptio non tribuit effectum Patriæ potestatis, sed quo nomen duntaxat & imaginem filii præstat. Is erat, quando quis ab extraneo adoptatur. Alter casus fuit in adoptione feminæ, & tertius est in servo adoptato. §. *sequ*. Dominus servum adoptans, quod vult id non consequitur, quod non intendit hoc agit, ait Theoph. Servus enim non fit ei filius, qui est finis adoptionis, sed liber tantum. Nam etsi adoptionis actus valeat, ut plerosque veterum scripsisse Gellius testatur, *l*.5.*c*.19. quos inter *hic* Cato laudatur; tamen nec libertinis quidem permittendum esse, uti per adoptionem in jura ingenuorum invadant, Masurius Sabinus tradit. *d. c*. 19. Sed inutilis adoptio valet ut manumissio, σιωπηρῶς ait Theop. ex tacita domini voluntate; nam quem filium habere voluit, hunc multo magis liberum voluisse videtur. *arg*. §. 2. *infr. ex quib. caus. manum*. Hinc, si quis servum *actis intervenientibus* filium suum nominaverit, is liber fit, non filius. §.*ult*. *h*. Acta intervenire dicuntur, cum ali-

(f) *Pos*. 10. (g) *Pos*. 11. 12.

Digitized by Google

aliquid in Consistorio Principis, aut magistratus auditorio in publicos commentarios redigitur. *l.45. l.46. D. de re jud.* Giphanius *ad h.* §. Theophilus optime, *actis intervenientibus*, explicat, *εἰσελθόντος ἐν δικαστηρίῳ τινὸς καὶ εἰπόντος ἐν ὑπομνήμασι*, *ingrediente aliquo in locum judicii & memoriali scriptura adhibita testante*. Multa passim horum actorum mentio occurrit.

(h) Cæterum *Adoptio non jus sanguinis, sed agnationis adfert*, ait Paulus in *l. 23. h. t.* id est, non ea quæ sola natura confert, sed quæ positivi juris sunt: cum autem Nobilitas sit excellentia generis a natura non introducta, sed honorum usu reperta, nihil vetat illam adoptione acquiri. * Nec dissentit Cuj. *Consult.* 56. qui *nobilem*, ait, *ex ignobili adoptio facit, si gentem spectas, non si genus.* Nam Romana nobilitas est gentis. Genus, quod per traducem, ut ajunt, propagatur, rationem mere naturalem habet, a quo diversa est nobilitas, contra quam Tiraq. *de Nobilit. c.* 15. Clara apud Romanos res est. Tacitus 5. *ann. c.* 1. Liviam Augusti uxorem vocat *nobilitatis per Claudiam familiam & adoptione Liviorum Juliorumque clarissimam*. Idem 1. *H.* 15. Galbam Pisoni adoptando ita locutum, *Insigne*, ait, *tibi Sulpitiæ ac Lutatiæ decora, nobilitati tuæ adjecisse.* Dignitas per adoptionem augetur, *l.35. h. t.* & senatoriæ dignitatis, quæ est fons nobilitatis apud Romanos, fit consors qui adoptatur a senatore *l. 6. de senat.* Ingenuitas quidem adoptione non comparatur, *l. ult. h. t.* sed hujus a nobilitate diversa est ratio. Plura dix. in *lib.* 2. *Digress. c. ult.*

Hodiernis moribus adoptivi qui dicuntur potius Alumni sunt, nec jura liberorum vel in nuptiis, vel successionibus, vel in nobilitate consequuntur. Gudel. 1. *de jur. noviss.* 15. Vinnius *pr. ad h. t. n.* 2. vid. tamen D. Voet. comment. *ad h. t. in f.* In Frisia nostra, cum Statutis non sit abolita adoptio, nihil obstat quo minus etiamnum ** obtineat. Extatque illustre exemplum Adrogationis in illustri Viro supremæ quondam Curiæ Senatore primo, Legationibus magnisque in Rempubl. meritis notissimo ALLARDO PETRO JONGESTAL, qui a Patruo Viro Amplissimo adrogatus, successione intestati aliisque juribus liberorum sine controversia gavisus est.

TIT. XII.

Quibus modis jus Patriæ potestatis solvitur.

I. Continuatio & modi tres recensiti. II. Primo de morte natur. & Civ. ubi de relegatione. III. De servitute pœnæ & captivitate. IV. Alter modus tollendi, dignitas. V. Tertius, emancipatio. VI. Ejus effectus.

(a) QUanam personæ sint alieni juris, & quando servi Dominorum potestate liberentur, diximus: Patria potestas ad regendam familiam Jure Gentium introducta eodem Jure, cessante hoc regimine, solvitur.

SCHOLIUM.

*Excipe terras, in quibus viget jus Saxonicum, secundum cujus dispositionem in filio præcise separata œconomia * requiritur, quamvis in filia nuptiæ sufficiant.*

Romani veteres duos tantum modos solvendæ Patriæ potestatis agnovere, mortem & voluntatem Patris, donec Bysantini Principes dignitates quasdam adjecerunt. Ita tres modi recensentur *hoc tit.* Mors, Dignitas, & Emancipatio. Mors est vel naturalis, *h. pr.* quæ fit migratione ex hac vita; vel civilis, §. 1. cum libertas aut jus civitatis amittitur; tunc enim homines interire dicuntur, *l.63 §.ult. pro soc.* & servitus morti adsimilatur. *l.59. §.ult. de C. & D.* Morte naturali cur solvatur patria potestas, nemo

(h) *Pos.* 13. (a) *Pos.* 1. 2.

* Jure hodierno Germaniæ contrarium verius est, cum nobilitas sanguinis Principis ex beneficio concessa censeatur ac arbitrio adoptantis in ignobilem transferri nequeat. Stryk. *Us. Mod. L.* 1. t. 7. §. 8.

** Nec Saxonum Jure aut moribus adoptio exolevit, vid. Kulpis. *d. Adopt. & emanc. Princip. th.* 7. Menck. *Gymnas. Pol. Disp. Civ.* 1. *th.* 7. Schilter. *ad ff. Ex.* 8. *th.* 16. licet nonnulli adoptionis loco unionem prolium mores Germanorum introduxisse autument. Gail. *L.* 2. *Obs.* 128.

* Nuptiæ ergo filii non sufficiunt, nec majorennitas sola, ut nonnulli volunt, vid. Thomas. *d. quæs. emanc. German.* §. 45. sed a filio filiave majorenne, instituta œconomia peculiaris P. P. dissolvit. v. *Weichb. art.* 56. *p.* 2. *C. El.* 10: ibique Carpz. *d.* 1. *seq.* Nec contrarium evincunt juris Saxonici ac Alemannici textus *L. A. l.* 1. *art.* 11. 13. *Spec. Suev. cap.* 312. qui potius de separatione bonorum cum filia majorenni olim suscipienda, quam solvenda per majorennitatem patria potestate loquuntur.

Digitized by Google

nemo ambiget, cum procul dubio jus personale sit, quod cum personis extingui debet. *l.* 196. *de R. J.* licet effectus ejus post mortem in multis rebus duret. §. 3. *inf. de tut. Tit. de pup. subst.* §. 2. *de her. qual. l.* 5. *pr. de C. & D.* Et quidem mors patris liberos in potestate habentis ἀμάχως, semper eam tollit. Quod si Pater ipse adhuc filiusfamilias sit, tunc Avi morte potestas in hunc transfertur. Si ipse ab Avo emancipatus vel præmortuus sit, tunc Nepotes avi morte fiunt sui juris. Hoc ait Imp. *pr. h. t. Nepotes sui juris fiunt, si post mortem avi in potestatem Patris sui recasuri non sunt.*

2. (b) Prima species mortis civilis §. 1. recensetur deportatio in Insulam, surrogata in locum veteris aqua & igni interdictionis, ut latius infra. (1) Per hanc, ut reliqua civitatis jura, sic & patria potestas tollitur. Perdunt enim omnia quæ sunt Juris Civilis, & quæ nudi Juris Gentium sunt, retinent deportati. *l.* 17. §. 1. *de pœn.* Cum autem omnes fere patriæ potestatis effectus mere civiles sint, hinc, licet ipsa potestas simplici Jure Gentium deportato maneat, quia tamen Jure Civili enervatur, ideo & ipsa tolli dicitur. Qui a deportatione per Principem sunt restituti, patriam potestatem recuperant. *d.* §. 1. Quod de restitutione speciali intellige, per quam bona omniaque jura restituuntur. *l.* 3. *D. l.* 1. 2. 3. 9. *C. de sent. pass.* Nam generalis quæ dicitur nil nisi veniam delicti & reditum in patriam præstat. *l.* 2. *ff. l.* 2. 4. *& seqq. C. d. t.* Relegati patres liberos in potestate retinent ait Imp. §. 2. Relegati & Deportati sunt species *exulum*, qui tanquam *ex solo* pulsi dicuntur, cui Græcum ἐξορίζω, *extermino* sive *elimino*, quod Theoph. usurpat, convenit. *l.* 4. *l.* 5. *de interd. & releg.* Aliquando tamen relegati exulibus opponuntur, *l.* 2. *d. publ. jud.* quod Ovid. *in Tristib. ad Aug.* servat, & ex professo ad uxorem, *lib.* 5. *eleg.* 12. qua mendacii arguit eos, qui relegatum sese exulem vocent. Tria potissimum intersunt; Deportati jura civium amittunt, relegati nil nisi solum ac cœlum patriæ, *l.* 4. *de Interd. & releg.* Deportatis bona auferuntur, non relegatis, nisi qui in perpetuum, idque pro parte si specialiter expressum sit. *d. l.* 4. *inf. & l.* 14. *eod.* Accurate Ovid. *d. eleg. Cæsar*, ait,

Nec vitam, nec opes, nec jus mihi Civis ademit:
Nil nisi me Patriis jussit abire focis.

Deportatio semper fit in perpetuum, Relegatio sæpe ad tempus, *l.* 18. *eod.* Festus ex Ælio Gallo tradit; *Relegatos dici proprie, quibus ignominiæ aut pœnæ causa necesse est ab urbe Roma, aliove quo loco abesse, Lege, SCto, aut edicto magistratus*, quod & verba relegandi, exsulis & ἐξορίζειν indicant. Postea obtinuit ut in certum quoque locum relegati dicerentur, *h.* §. 2. *l.* 4. *d. t. de interd. & rel.* Romæ tamen olim in cives Romanos relegatio non exercebatur, sed in peregrinos tantum aut Latinos. Primus ex urbe civis Romanus est relegatus D. Lamia Eques præcipuus, teste Cicerone *lib.* 11. *ad fam.* 16. Vid. quæ scrips. *ll.* 3. *Digress. c.* 10.

3. (c) Amittitur etiam Patria potestas servitute, tam ea quæ pœna dicitur, §. 3. (2) * quam hostili. §. 5. *h. t.* Servitus pœnæ nihil est aliud, quam status servilis eorum qui capitis sunt damnati. *l.* 29. *de pœn. l.* 6. §. 6. *de injust. rup. test.* Sæpe enim diu servantur damnati, ut quæstio in eos ex aliis habeatur, *d. l.* 29. *in f.* & quædam species capitalium pœnarum per se non transitorium, sed permanens supplicium, quod tractum temporis habet, continent, ut damnatio in metallum, ad ludum gladiatorium, item venatorium. Nam hi gladiatoriis pugnis & cum bestiis exercebantur, ut populum oblectarent, & post triennium rudem sperare poterant, interim tamen servi erant. *l.* 8. §. 10. & 11. *de pœn.* Alii ad gladium damnati vel bestiis subjecti statim consumebantur. Cujac. 13. *obs.* 10. Porro, qui ab hostibus bello justo sunt capti, cum servi hostium fiant & civiliter moriantur, necessario & patria potestate excidunt. Sed quia inter populos receptum est, ut qui ab hostibus durante eodem bello reversi sunt jura sua recuperent, quod jus *postliminii* vocatur, hinc propter incertum eventum quamdiu captivi apud hostes vivunt jus eorum nominatim Patriæ potestatis *suspensum* dicitur, etsi revera *extinctum* sit. *arg. l.* 21. *ad L. Jul. de adul.* Ideoque liberi interim nuptias contrahunt, res acquirunt, testamenta condunt, omniaque ut Patresfamiliarum agunt. Sed reversis in civitatem Patribus, jure *postliminii* non modo

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4.

(1) *De aqua & igni interdictione, confer* Hein. antiq. Rom. ad tit. inst. de cap. demin. §. 2.

(2) *De servitute pœnæ vide* Ger. Noodt. probab. lib. 111. Cap. 12.

* Jure hodierno cessat, ac Jure inprimis Saxonico Jus Civitatis quoque ac Familiæ damnatis ad mortem salvum manet. P. 3. C. 6. ibique Carpz. *def.* 1. *Id. p.* 2. *dec.* 101. *n.* 23. conf. Lud. Mencken. *Disputat. de testamenti factione damnatis ad mortem Jure Civili denegata, & moribus plerisque asserta th.* 23. *seqq.* v. Aut. ad. tit. 16. §. 2.

Digitized by Google

modo exinde in Patriam potestatem recidunt, sed habentur quasi perpetuo in eam mansissent, & sic omnia retro existimantur: Nuptiæ quasi Patris jussu contractæ, & in ejus potestate proles, Testamentum irritum, Dominia rerum Patri quæsita *l. pen. de suis & legit. her.* & perinde in cæteris, *ac si pater nunquam captus fuisset*. Nam hoc ipsum & quod filius semper in potestate manserit, fingit jus *postliminii*. *l.* 5. *h.* & Theoph. Quod si patrem apud hostes mori contingat, tum liberi, ut revera Patre capto sui juris sunt facti, ita continuant hoc jus, atque inde a primo captivitatis momento quod quæsiverunt & gesserunt valet, ipsisque cedit, adeo, ut quod unus filiorum (vid. Theoph.) ex peculio profectitio interim lucratus est, id cum reliquis communicare non teneatur, verum solus retinere possit, ut qui jam tum sui juris fuerit, non secus ac si Pater in puncto captivitatis adhuc liber & civis extinctus esset, quod Lex Cornelia tradit, ac fingit, *l.* 12. *D. qui test. l.* 18. *de captiv. & postlim.*

4. (d) Secundus modus quo solvitur Patria potestas, est *Dignitas* cui tamen veteres Romani hanc vim minime tribuerunt, cum Dionys. *lib.* 2. memoret, Patres sæpe filiis summo magistratu præditis & seditiose concionantibus, spectante populo, manus injecisse & obtorto collo domum abduxisse; quod tamen reverentia magis quam jure expressum videtur. Nam in publicis causis filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *l.* 9. *de his, qui sui vel al. jur. sunt* non quod revera talis sit, sed quod Pater in Reipublicæ functionibus filium minime habeat obnoxium, quod & priscis Romanis ita servatum fuisse multa declarant. *Vid. l.* 13. *§ ult.* cum *l.* 14. *pr. ad Sct. Trebell.* Cæterum Justinianus solos Patricios Patrum potestati exemit, §. 4. *h. t. l. ult. C. de Consul. lib.* 12. Patricii fuerunt Consiliarii Principis, quasi Patres aut Reip. aut ipsorum, ut hic textus inquit, Principum. *item d. l. ult. C. de Cons. N.* 81. Unde Valentinianus *Nov. sua* 2. Aetium ducem celeberrimum, vocat parentem suum carissimum; forte rerum quoque gestarum ac ætatis intuitu; quod nec hodie insitatum Principibus. Postea, ut in neotericis inventionibus fieri amat, privilegium hoc Patriciatus ad alias dignitates productum est, omnesque eas quæ ab oneribus curiæ liberant, ut sunt Consulatus, Consularitas, magisterium militum, præfectura Prætorii, Urbis, Patrocinium Fisci, aliaque *l. f. C. de Decur. lib* 10. denique Episcopatus. *N.* 81. *c.* 3. Sed hodie in quaque Civitate dignitates quæ ad summam Rempubl. spectant, hoc effectu gaudent; veluti apud nos Patribus subducuntur, ut putem, legati ad Comitia, Ordinum Deputati, Senatores supremæ Curiæ, Ærarii Præfecti, Legati ad Collegia *Ordinum Generalium* &c. similiter qui militares ordines nomine *Generalium* ducunt, nam hoc ἀναλογίᾳ magisterii militum præ se fert.

5. (e) Tertius quo Patria potestas tollitur modus, *Emancipatio*, est Actus Legitimus quo filiusf. voluntate Patris ex potestate ejus dimittitur. Estque vetus aut nova. Vetus aut Legitima aut Anastasiana. §. 6. *h. t.* Illa per ritus quosdam solennes secundum antiquam Legum observationem fieri solebat. Nam propter jus illud ter vendendi; de quo sæpius dictum, non videbatur filius plane sui juris fieri posse, quam ter venditus a Patre. Hujus rei imago in emancipatione fuit, ut de adoptione dictum. *tit. præc. n.* 1. Emptor eum quasi servum suum bis manumittebat, adhibitis solennibus, in manumissione servorum usitatis, de quibus vid. Brisson. *l.* 1. *antiq. c.* 11. Tertia venditione (in filiabus una venditio suffecit) Pater fiduciæ pactum adjiciebat, ut emptor, qui inde Pater fiduciarius dicebatur, filium non manumitteret, verum sibi remanciparet, ut sic tertium venditus ac quasi servus Patris factus, ab ipso manumitteretur, atque ita non emptor ille seu fiduciarius Pater, sed naturalis, jura patronatus in emancipatum tanquam libertum consequeretur, de quibus *hic in* §. 6. nempe, tutelam legitimam, successionem ab intestato, bonorum possessionem contra tabulas, aliaque de quibus infra suis locis. Ex his intelligitur, quid velit Rubrica *D. si a Parente quis manumissus*; quæ sit imaginaria servilis causa in emancipatione, de qua *l.* 3. §. 1. *de cap. min.* & rhapismata, *in l. ult. C. de Emancip.* vid. Cajum *tit.* 6. §. 4. Ulp. *tit.* 10. (3) Theoph. *h.* Sed cum hæ imaginariæ ambages posteritati displicuissent, Anastasius Imp. constituit, ut exemplo adoptionis emancipatio fieret per Rescriptum principis, libello supplice a Parentibus oblato. *l. pen. C. de Emancip.* Hæc fuit vetus emancipatio. Sequitur Nova; nam Justinianus ne Principem quidem adiri voluit; modo, ut Pater apud eum, qui Jurisdictioni præest, præsente filio, declaret eum se potestate sua libe-

(d) *Pos.* 5. 6. (e) *Pos.* 7. 8. 9.

(3) *Quos explicat Schultingius in jurisprud. ante-justinianea ad text. citat.*

Digitized by Google

liberare & emancipatum facere, *l.ult.C.d.t.h.*§. 6. *ibique* Theoph. Ex quo liquet filium debere præsentem esse,& conceptam Patris declarationem requiri, quod æque in adoptione obtinet, §.*seqq.*adeo ut hæc etiam Justinianæa emancipatio & hodierna adoptio sint actus legitimi *arg. l.* 123. *de R. J.* Quatenus autem acta judicialia scripto constant,etiam in adoptione & emancipatione novissima scripturam intervenire oportet, non quod isti actus literis perficiantur, sed quod acta utique scripta sint: ut quæstio, quam hinc movent aliqui Interp. an scriptura ad illos actus requiratur, exigui sit momenti,*vid. d. l. pen. & d. l. ult.* juncta *l.* 2. *C. de Emancip.*

6. (f) Hæc autem æque erga Nepotem quam filium obtinent; quia æqualis in utrumque potestas competit; adeo ut nihil vetet, eum, qui alium ac nepotes habet, nepotibus emancipatis, filium qui parens eorum est, in sacris retinere; vel contra, filio dimisso, retinere nepotes ex eo; quis enim avo modum aut ordinem remittendi juris sui præscribat? §. 7. *h. t.* Nec consensus quidem filii, in nepotis emancipatione, diversa est ratio. Scil. in constituendo nepote vertitur præjudicium Patris & juri ipsius detrahitur si invitus heredem habebit; in dimittendo nepote avus suum dumtaxat jus, nullum filii, qui nondum habet patriam potestatem, remittit. Sed liberi post emancipationem filio nati, cum paterfamilias jam sit, in ipsius potestate sunt; modo ex temporis ratione constet, conceptionem in utero uxoris post emancipationem esse factam; aliter avo jus in ventrem quæsitum auferri nequit. *l.*7.*l pen. de statu hom.*§.9.*h.t.* Proinde qui post dies CLXXXII. a tempore emancipationis prolem susceperit, habet eam in potestate, quia hoc tempus habetur legitimum quo partus edi possit in lucem, *l.* 3.§ *ult. de suis & legit.her.* Hippocr. *de partu septim.* οἱ μὲν ἑπτάμηνοι γίνονται ἐκ τοῦ ἑκατὸν ἡμερῶν καὶ ὀγδοήκοντα καὶ δύο καὶ προσόντος μορίου. *Septimestres partus fiunt ex diebus centum octog. & duobus, & parte diei sequentis.* Quæ verba indicant, tempus illud naturaliter esse computandum, siquidem dies 182. non faciunt sex menses integros, sed minus dimidia die. Denique adoptio per emancipationem olim etiam peragebatur, de quo *supra*, ut mirum non sit, eam in §. 8. *h. t.* inter modos solvendæ potestatis recenseri, cujus caussam esse modo audivimus. Neque enim potest esse modus acquirendæ, respectu Patris Adoptantis, nisi pariter modus amittendæ sit, respectu naturalis; Liberatur Patris sui potestate filius, qui ab alio adoptatur, nec tamen fit sui juris, ut in emancipatione propria; nam transit in potestatem adoptantis, vel si is extraneus sit, nihil innovatur, secundum distinctionem §.2. *de adopt.* Per adrogationem patris naturalis, qui nullus eo casu est, non tolli potestatem ipsa res loquitur.

(g) Præter hos tres modos amittitur etiam Patria potestas in liberos prioris matrimonii, incestuosa patris digamia *Nov.* 12. *c.* 2. item expositione infantis. *l.* 12. *C. de infant. expos.* Porro, licet ipsa Emancipatio actus sit voluntariæ Jurisdictionis, qui inter invitos non procedit, sunt tamen casus, quibus Pater etiam invitus potestatem in liberos amittit. I. si pudicitiam eorum prostituat *l.*12. *C.de Episc. aud.* II. Si contra pietatem in eos sæviat. *l. f. si a par. quis man.* III. Si cum pecuniam acceperit ut emancipet, tergiversetur *l.*1. §.3. *eod.* IV. Si quid relictum sibi sub conditione emancipandi agnoverit. *l.* 92. *de C. & D.* V. Si impubes adrogationem probet sibi damnosam esse. *l.* 32. *& seqq. de adopt. l.* 3. §. 6. *de minor.* Adeo autem voluntaria fuit alioquin adoptio, uti nec Pater invitos liberos emancipare potuerit nec olim, Paul. 2. *sent.* 25. *in fin. l. pen. C. de emancip.* nec hodie. *Nov.* 89. *c.* 11. *in pr.* Quanquam hujus regulæ dari videntur exceptiones, siquidem in §. 3. *Inst. de Adop.* liberi adoptivi causa cognita digni emancipatione pronunciari possunt, adeoque justa ex causa possunt emancipari, quod etiam est *in l.* 132. *de V. Obl.* Jus etiam vendendi liberos, de quo sæpius dictum, erat quidam modus emancipandi invitos; denique satis constat, quod Pater olim e domo familiaque sua filium ejicere potuerit. Vide exemplum apud Val. Max. *l.*5. *c.*8. *n* 5. & Dionys. *l* 2. Quibus iterum non obstat *l.*6. *C. de Patr. pot.* quia solummodo vetat ἀποκηρύξιν Græcam, moremque liberos abdicandi ordinarium per præconem.

(h) Cæterum cum filius permittente Patre familiam ipse condit, paternæ familiæ pars eique subjectus esse desinit. Hinc moribus hodiernis optima ratione placuit matrimonio, * tanquam novæ initio familiæ, jus patriæ pote-

(f) *Pos.* 10. 11. (g) *Pos.* 13. 14. 15. (h) *Pos.* 16.

* Matrimonium filias tantum a patria potestate liberat, filios, nisi propriæ rei domesticæ curam suscipiant, in eadem remanentibus. v. Thomas. *s. hel. ad h. t.* §. 1.

Digitized by Google

potestatis extingui, quod & in separata oeconomia, cum Pater filium habitare solum & res suas administrare permittit, in Germania alibique receptum, Treutl. 1. *disp. 6. th. f.* quia & hoc casu filius ipse novam inchoat familiam, οἶκον, sive domum, ut Græci. Ceterum, moribus hoc jus solis debetur, & perperam ex *l. 1. C. de Patr. pot.* Juri Civili attribuitur.

TIT. XIII.

De Tutelis.

I. Quis Paterfamilias. II. Tutelæ definitio exposita. III. Divisio tutelæ in genere, tam legitimæ & dativæ quam testamentariæ. IV. De personis quæ tutores dare possunt.

(a) ABsolutum est primum membrum secundæ personarum divisionis, de his qui sunt in aliena potestate: sequuntur personæ quæ sui juris & suæ potestatis sunt; nam hi termini hac parte nihil differunt. *princ. de his, qui sui vel al. jur. sunt. l. 4. D. eod.* Qui sunt sui juris, seu, quod idem, suæ potestatis, dicuntur Patresfamiliarum. *d. l. 4. l. 195. §. 2. de V. S.* Ratio appellationis videtur, quia duæ sunt partes familiæ, una imperans, & quæ subjecta est altera. Paterfamilias solus imperat. Ergo qui non est subjectus imperio familiæ, Paterfamilias habetur; proinde omnis homo liber non habens Patrem, quia non est subditus Imperio domestico, Paterfamilias est, etsi ἄπαις, imo impubes; nam & pupillum sui juris & patremfamilias esse, loquuntur *citatæ ll. 4. & 195. §. 2.* Quin & Paterfamilias, servorum quoque respectu, quoniam imperat iis, vocatur. Sen. *epist. 47.* Paterfamilias & Dominus idem significant, *Pater* enim *familias appellatur, qui in domo dominium habet*, ait *d. l. 195. §. 2.* Vide Rævar. 4. *varior.* 12. Patresfamiliarum igitur sunt vel puberes, vel impuberes. Illi sunt vel perfectæ ætatis, vel minores. Perfecta ætas est 25. annorum. *l. ult. C. de his, qui ven. æt. impetr.* Minores in cura sunt, impuberes in tutela, & pupilli dicuntur. *l. 239. de V. S.* Ergo pupilli tutorem habentes sunt Patresfamiliarum & sui juris; nam jus & potestas in hac materia sunt unum idemque. *d. pr. & d. l. 4.* Et quanquam verbo latius accepto potestates sint multæ, ac etiam tutoria potestas recte dicatur, in hac tamen divisione vox potestatis stricte accipitur & per excellentiam tantum de herili & Patria; quoniam hæ certis & luculentis effectibus jure sunt præditæ, quibus aliæ potestates carent, adeo ut qui harum neutri est subjectus, dicatur suæ potestatis, dissentiente Merillo 3. *variant. ex Cujac. c. 21.* per *l. 43. de O. & A. Obligari potest*, habetur ibi, *Paterfamilias suæ potestatis pubes compos mentis.* Ex qua tamen nihil contrarii deducere possis. Cæterum exercitio potestatis suæ, ob defectum rationis carere pupillos, res docet, & Apost. *c. 4. ad Gal. ℣. 1.* heredem pupillum οὐδὲν διαφέρειν δούλου, *nihil a servo differre.* Alio sensu Lactantius *l. 4. c. 3. idem servus est, qui & filius*, inquit. Quod explica ex eo quod modo diximus.

2. (b) Definitur Tutela ex Servio; *Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se ipsum defendere nequit, Jure civili data ac permissa. §. 1. h. t. l. 1. de tut.* Pro genere, *vis*, multi mallent *jus ac potestas*, ut vertunt Græci Harmenop. & Theoph. *h.* δικαιόν τι καὶ ἐξουσία, sed nihil opus emendatione, quoniam sæpe voces hæ in jure & alibi junguntur, *l. 17. de LL.* scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. adde §. 3. *Inst. de interd.* apud Tacitum 2. *hist. 39. & 3. hist. C. 11. vis ac potestas imperii.* Si quis putet vim ac potestatem ita discrepare, sicut Beza *not. ad cap. ult. Matth. ℣. 18.* δύναμιν καὶ ἐξουσίαν discrepare docet, tum dicere liceat, *potestatem* esse facultatem faciendi, in actu quasi primo, *vim* significare jus exercendi facultatem illam & ejusdem efficaciam. Verba *in capite Libero* argutantur Interpp. de pupillone, an tutore intelligenda sint; & quidem plerique de pupillo malunt, sed rationes, quibus utuntur, non multum interesse probant de utro accipiantur. Verbum enim *tutela* perinde ad eum cui vis ac potestas, quam ad eum in quem competit, æque ad tutorem, quam ad pupillum pertinet. Nimirum, uterque tam tutor quam pupillus debet esse liber ut tutela effectum habeat; nam cum servus dicitur tutor dari §. 1. *qui test. tut.* additur, cum confestim liberum fieri, quod fit etiam, cum

(a) *Pos.* 1. 2. 3.

(b) *Pos.* 4. 5. 6. 7.

Digitized by Google

cum servo tutor datur, *l* 9. *l.* 13. *de tut. dat. ab his*. Verum tamen est, quod Veteres verba *caput liberum*, de eo qui subest potius, quam qui regit, usurpent, Ulp. *d. tit.* 11. §. 5. & Gellius *d. c.* 19. *l.* 5. pupillum diserte *caput liberum fidei tutoris commissum* vocat; & est antiqua locutio, in eo, in capite, pro in eum, in caput. Gell. *d. c.* 19. Uti *vitæ necisque in eo potestas sit*, uti *Patri endo filio est*, & L. XII. Tab. *Agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*. Quin, quod insolentius, in hostium potestate perveniret, habet *l.* 12. *qui test. fac.* redire in potestate *l.* 4. §. 12. & 21. *de Usuc.* Voce *tuendi* non simplex defensio continetur, sed officium prospiciendi pupillo de omnibus ad vitam necessariis, ut in *l. pen. pr. de in rem vers.* ubi tueri, alere & exhibere se, pro iisdem usurpantur. Sueton. in *Jul. c.* 86., cum tenuiorum tutelam locupletiores in se contulissent; ubi tutela pro exhibitione omnium quæ ad vitam requiruntur. *Eum*, in genere masculo, quia respicit ad particulam sequentem *qui*, non ad præcedentia *caput liberum*. Verba *per ætatem*, significant tutelam perpetuam, in qua propter sexum erant mulieres, proprie voce tutelæ non fuisse usitatam, ne olim quidem ætate Servii, & improprie talem fuisse, quod tantum auctoritate tutorum mulieres indigerent, administratione, quæ præcipua pars est, ipsæ fungerentur. Ulp. *tit.* 11. *pr.* Boet. *in Top.* ut tamen ipsa auctoritas ad administrationem quoque pertineret, teste Cicerone *pro Cæcin* ubi; *Ipse numquam auderet judicare, deberi viro dotem, quam mulier nullo auctore dixisset*. Verba ultima volunt, tutelam esse Juris civilis, sed mixti, nam fundamentum & originem ex Jure Naturæ ac Gentium habet. §. *pen. infr. de Attil. tut.* Sed Verbum *data* ad Legitimam, *permissa* ad testamentariam atque dativam tutelam pertinet; quanquam primo auditu verbum *data* potius ad dativam referendum videbatur. Sed ratio est, quia legitimam Jus sive lex dat immediate, reliquas proxime dat Testator vel magistratus, Lege permittente, sed & modum præscribente.

3.(c) Igitur species tutelæ tres sunt; Testamentaria, Legitima, Dativa, quæ honoraria a Magistratibus vocatur. Prima omnium Testamentaria a parentibus datur, cujus aliqua dum spes superest, reliquæ excluduntur, *l.* 11. *in fin pr. de testam. tut.* Definitur in §. 3. *h. t.* cum Parentes liberis impuberibus, quos habent in potestate, dant tutores testamento, *vel codicillis testamento confirmatis*, quod addendum ex *l.* 1. §. 1. *de confirm. tut.* Fundamentale igitur requisitum Testamentariæ tutelæ est hoc, ut liberi sint in potestate Parentum. Unde sequitur matrem, cujus nulla civilis potestas est, non posse tutorem liberis suis jure quidem dare; quanquam, si dederit eum, decreto magistratus confirmatur, *l.* 4. *de confir. tut.* quod semper defectum juris arguit, *l.* 1. *de confir. tut.* Porro, tutor a matre datus non aliter confirmatur, quam si & mater liberos heredes instituerit, *l.* 4. *de test. tut.* cui ne obstet *l.* 4. *C. de test. tut.* alterum *ibi non* delendum Cujacius monet, (1) adeo ut nihil matri indulgeatur præ quovis extraneo, cui tantundem licet, *d. l.* 4. *de confirm. tut.* Pater vero quamvis emancipato filio tutorem jure non det, datus tamen confirmatur simpliciter, etsi filius heres non sit, *l.* 3. *de Confirm. tut.* §. *ult. h. t.* nisi evidens pupilli utilitas aliud postulet, *l.* 10. *eod. tit.* Quod si filiusfamilias a patre sit exheredatus, huic tamen absolute, ut nec confirmatione opus sit, tutor dari potest, *d. l.* 4. *de test. tut.* Causam dandi tutoris, quæ est patria potestas, exheredatio non solvit, exemplo substitutionis pupillaris. in §. 4. *Inst. de pup. subst.* Cui opponitur *l.* 73. §. 1. *de R. J. l.* 53. *de V. S. l.* 26. §. *f. de Test tut.* ad quas responsa damus *in parte* 2. *tit. ff. de Test. tut.* Sed alius heic scrupulus sedet, quomodo a verbis XII. Tabb. *Paterfamilias uti super*

(c) *Pos.* 8. 9. & *seqq.*

(1) *Imo nihil delendum, uti ingeniose observat ampliss. van Bynkershoek observ.* lib. 2. cap. 17.

* Per legem Claudiam scilicet, de qua vid. Gravinam *de Origine Juris p.* 65. Brunnem. *ad l.* 3. *C. de legit. tutor.* Jac. Gothofr. *ad l.* 2. *C. de tutor. creand.* Schilter. *Ex.* 37. *th.* 222. *seqq.* add. Everard Otto *de perpet. feminar. tutel.* §. 2. *seq.* Jure Saxonico hæc mulierum cura perpetua etiamnum obtinet, non communi tantum, vid. *L. R. l.* 1. *art.* 31. & 45. sed etiam electorali, *P.* 2. *C. El.* 15. *Dec. El.* 24. *O. P. S. T.* 8. v. Disp. Jacobi *de Curatore Mulieris Saxonic. Lips. an.* 688. *hab.* ita nimirum ut sive solutæ, sive matrimonii nexu vinctæ sint, sine curatore præjudicialem actum minime suscipere valeant, cui doctrinæ temperamentum dat *L. R. l.* 1. *a.* 45. quo extra Electoratum virginibus ac viduis, non adhibito curatore, libere contrahere permittitur. Colec. *Decis.* 67. *n.* 41. Distinctius hoc exsequitur *Mandatum, novissimum ad declarationem P.* 2. *C. El.* 15. *a Rege nostro potentissimo d.* 18 *Nov.* 1722. *emissum*, vigore cujus feminis solutis, majorennibus tamen, extra casum donationis & mercaturæ, mobilium, non autem Geradæ alienatio, neglecto curatoris assensu permittitur; Uxorum vero cambia, chirographa, omnesque actiones citra mariti aut curatoris alius consensum susceptæ, ipso jure annullantur, ut nulla post mariti obitum adversus viduam, nisi novatio accesserit, detur exactio. conf. Menck. *Tract. Synopt. Proc. ad Tit.* 52. *pag.* 916.

Digitized by Google

super pecunia tutelave rei suæ legassit, ita jus esto, quemadmodum citantur ab Ulpiano *tit.* 11. §. 14. & *aliis*, tutela deduci queat, solis patribus jure patriæ potestatis conveniens. Egimus hac de re in *lib.* 3. *Digress. cap.* 3. cujus summa est, Jurisconsultos ex iis verbis collegisse duplicem tutelam, unam in rem, alteram in personam pupilli. In rem, quæ datur a quolibet testatore pupillum heredem faciente. *l.* 4. *de testam. tut.* In personam, quæ jure patriæ potestatis competit, *l.* 1. *eod. tit.* nam reliqui testatores in personam pupilli nullum jus statuere poterant, in quam ipsi nihil juris habebant: tutela vero datur in personas, §. 4. *t. h.* Hanc igitur patriæ potestati convenientem simpliciter appellarunt testamentariam, idque est, quod in *l.* 120. *de V. S.* scriptum est, verba legis XII. tab. latissima cum essent, auctoritate jura constituentium esse coangustata. Latiorem tamen sensum hactenus conservarunt, ut cuique patrifamilias testatori jus darent pupillis heredibus suis dandi tutorem in pecuniam a se relictam. Prior species proprie testamentaria, posterior improprie talis dicenda videtur. Proprie, inquam, dicta est ea quam modo definivimus. Impropria, cum pater filio emancipato, vel mater aut quilibet extraneus, pupillo heredi a se instituto dat tutorem in testamento, ad res illas hereditarias. *l.* 4. *de confirm. tut. l.* 4. *de testam. tut.* E definitionibus & dictis reliquis collige triplicem harum specierum differentiam: I. Tutelæ testamentariæ proprie dictæ, fundamentum est patria potestas; in impropria, testator non habet in potestate pupillum. II. Proprie testamentaria decerni potest in liberos etiam exheredatos, modo in potestate sint, *ut diximus*. Impropria non valet, nisi per consequentiam heredis institutionis *d. l.* 4. III. Tutores proprie dati testamento, immediate a testatore proficiscuntur, nec ulla confirmatione magistratus indigent: *l.* 7. *de testam. Tut.* Verum improprie dati a Magistratu confirmandi sunt, & vi confirmationis illius valent. *l.* 1. & 5. *de confirm. tut.* Accedit hæc differentia; Tutores proprie testamentarii, in personam dati intelliguntur: §. 4. *Inst. Qui testam. tut.* Dati improprie testamento, *in rem dati* videntur. *d. l.* 4. *de test. Tut.*

4. Porro; quia sub liberis nepotes continentur *l.* 220. *de V. S.* sequitur, avum etiam paternum nepotibus, quos in potestate habet, recte tutorem dare; modo post mortem ejus termini habiles tutelæ sint futuri; qui deerunt, si nepotes avo defuncto in potestatem Patris sint recasuri, *quia patriæ potestati & tutelæ nemo simul potest subesse*. Sunt hæc duo ἀσύστατα, *supr. de his qui sui vel al. jur. & princ. de tut.* Non recidunt autem liberi morte avi in patris potestatem, quando pater ante avum mortuus, vel emancipatus est; quod etsi tempore testamenti facti nondum evenerit, si tamen ante mortem avi contingat, tutoris datio prius vitiosa convalescit. *l.* 10. §. 2. *de test. tut.* His etiam, qui mortuo Patre sperantur nascituri, id est posthumis, tutor dari potest, modo in tali statu nascantur, ut patri, si viveret, sui heredes forent. Nec est quod quis miretur, tutelam posthumis applicari, nondum personis, neque pupillis, *l.* 161. *de V. S.* sed qui mulieris & viscerum portio sunt, *l.* 1. §. 1. *de ventr. insp.* nec homines recte dicuntur, *l.* 9. §. 1. *ad L. Falc.* quin sciat, posthumos hic non ut ventres considerari, quibus curator, non tutor datur, *tit. de ventre in possess. mitt. & curatore ejus.* sed ut jam natos, adeo ut abortu non minus tutela quam ipsi pereant: scriptumque est generaliter, posthumos pro jam natis haberi quoties de ipsorum commodis agitur. *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* Sed parentum commodis non prosunt, nisi jam nati: *l.* 2. §. 6. *de excus. tut.* Neque tamen legatum filiabus relictum, posthumis etiam debetur, *l.* 15. §. *fin. l.* 17. *pr. de leg* 1. (2) quia legata sunt benevolentiæ *singularis* testimonia, qua testator ei, qui non esset, obstringi non potuit.

SCHOLIUM.

Hanc rationem quamvis non improbem, videtur tamen ea ulteriori declaratione indigere, ne quis objiciat; etiam tutoris dationem esse testimonium benevolentiæ paternæ. Dicerem ego, in Tutoris datione præsumptionem esse pro posthumis, quia hic æqualis causa benevolentiæ, quæ patrem ad tutorem dandum movet, adest, nec per extensionem ad posthumos aliquid natis decedit, sed saltem tutor magis oneratur. Unde sine dubio, si patrem quis tempore facti testamenti interrogasset, an sub voce liberorum etiam posthumos

(2) *Verius puto legatum filiabus relictum etiam posthumis deberi, tum quod credibile sit testatorem illud reliquisse ut consuleret posteritati & familiæ suæ, tum quod ipse Ulpianus in* l. 164. ff. de V. S. *&* in l. 5. ff. de test. tut. *expresse doceat, nomen filiarum & in posthumas cadere. Nec contrarium evincitur ex* l. 15. §. fin. l. 17. pr. de leg. 1. *ab Auctore adductis, licet enim argumentum a contrario soleat in jure esse fortissimum, tamen quandoque fallit, tunc maxime quando aliæ LL. in contrarium urgent, uti urgere videntur* l. 164. de V. S. l. 5. de test. tut. *quæ ambæ sunt ex Ulpiani libro* 15. *ad Sabinum, ex quo etiam desumpta est* l. 17. de leg. 1. *Confer Stockmans Decis. Brabant* 26.

Digitized by Google

mos voluerit intelligere, Pater annuisset. At legatorum causa est benevolentia aliqua singularis; & praeterea si legatum ad posthumos extenderetur, vel heres, vel collegatarii damnum aliquod majus sentirent. Breviter, ibi materia est favorabilis, hic odiosa. Ergo ibi vox liberorum extendenda, hic restringenda.

RESPONSIO.

Minus commode legati adversus liberos causa, sive jam natos, sive posthumos, odiosa *vocatur. Pro instituto brevitatis nostrae, sufficit addita* vox singularis *benevolentiae, in legatis; cum Tutela curam Patris habeat communem & promiscuam omnibus liberis, etiam nascituris.*

N. ADDIT.

Ergo revera Scholion nostrum non taxatur, sed secundum istius ductum textus praelectionum, etsi id uno verbo fiat, emendatur: Quod autem additur, minus commode legati adversus liberos causam, sive jam natos, sive posthumos, odiosam vocari, uti videtur id significare, quod id legatum non sit odiosum dicendum intuitu liberorum, ita aperte non ferit ea, quae in Scholio dicta sunt, quod sit odiosum intuitu heredis aut collegatariorum, qui videlicet legato gravati erant. Interim hoc non obstante, jam illa, quae de favorabilibus & odiosis in Scholio dicta sunt, malo omitti. Dum enim istud Scholium scriberem, nondum agnoveram, totam doctrinam de favorabilibus & odiosis parum facere ad interpretationem legum, & regulam illam, favorabilia esse extendenda, odiosa restringenda, & falsam & inutilem esse, ut latius fuit deductum in Instit. Jurisprud. div. lib. 2. cap. 12. §. 159. seq. & in disputatione ulteriori ea de quaestione; quae d. l. 2. subjuncta est p. 372. seqq.

TIT. XIV.

Qui testam. Tutores dari poss.

I. Filiumfamilias recte tutorem dari, quin etiam servum aliquo modo. II. Furiosi & minores quo sensu Tutores dari possint. III. Tres regulae fundamentales tutelae testamentariae. IV. Liberorum & filiorum discrepans appellatio.

(a) Rubrica XIV. est *de his, qui testamento Tutores dari possunt*, quod facillime ex opposito, id est, qui prohibentur, vel de quibus dubitari possit, intelligitur, ut sunt filiifamilias, servi, minores annis 25. furiosi. Nam licet absurdum videatur, ut tutoria potestas detur ei qui non est suae potestatis, *arg. l. 21. ad L. Jul. de adult.* tamen, quia tutela est ex publicis muneribus, in quibus ad Patriam potestatem non attenditur, nulla ratio filiosfam. arcet. *pr. h. t. l. 9. de his, qui sui vel al. jur.* Et *d. l. 21.* non nisi de potestate stricte sumpta, scil. patria & herili loquitur. Proinde & a magistratu filiusfamilias recte datur tutor, *l. 7. de tutel.* & quo minus a Lege vocetur ut sanguine proximus, nulla quidem ratio juris prohibet, sed ordo propinquitatis obstat, quo minus proximum gradum attingere possit; quia necessario pater eum in computatione praecedit, nisi hic mente captus sit, quem ordo Legis praetervehatur. Quin & servus potest tutor esse, non qua talis, sed ut libertatem expectans. Proinde qui proprium servum tutorem destinat, hoc agere debet, ut liberum faciat; alienus vero, quem liberare nequit, sic dandus est, *si liber erit*. §. 1. *h. t.* (1) Si proprium testator non dixerit expresse liberum, ipsa tutoris datio libertatem ei, ut necessarium consequens, (cum nemo particeps juris civilis, quo tutela pertinet, esse possit, nisi liber) ex praesumpta voluntate tribuit, & quidem directam, ait *hic Imperator*. Sed quia in *l. 9. C. de fideic. libert.* fideicommissaria libertas ei adscribitur, multi censent in hoc §. jus novum tradi, quo spectant verba *l. pen. C. de nec. serv. her.* ubi, *nostro jure hoc esse inductum*, quasi nostrum jus sit Justiniani constitutio. Sed adversatur mos Imperatoris novitates a se repertas diserte sibi, nec raro cum Φαντασία ἐρμάτων adscribentis, hoc autem §. ut res nota, libertas directa simpliciter memoratur. Imo non esse hoc novum, arguit *l. 32. §. ult. de test. tut.* quae servum tutorem datum mox ab adita hereditate liberum fore tradit, quam directam esse libertatem oportet, cum in fideicommisso manus heredis expectanda foret. *Nostrum igitur jus in d. l. pen.* erit jus civile; atque ita nihil superest, quam ut *d. l. 9.*

(a) *Pos.* 1. 2.

(1) *Quae conditio si liber erit, licet non fuerit expressa, subintelligenda tamen est, ut, sive expressa fuerit, sive non, huic servo fideicommissaria libertas defendatur.* l. 10. §. 4. ff. de testam. tut. si, *ut Ulpianus illic ait, voluntas apertissime non refragetur. Quae refragabitur dum testator hunc servum credidit esse liberum.* Arg. §. 1. v. plane si inst. h. t.

Digitized by Google

l. 9. de tutore codicillis aut verbis precativis dato, accipiatur.

2. (b) Sed quod mirum videatur, etiam furiosi tutores dantur, §. 2. *h. t.* non qua tales, nec quia liquida furoris habent intervalla, quod putat Mynsing. *hic*; sed quod sperentur brevi *ἀναvήψειν ad sanam mentem redituri*, ut Theoph. contra quam mente captus, qui perpetuo defectu rationis laborat. Idem est in minore annis 25. Etsi enim is per ætatem suis impar negotiis curatori ipse subest, tamen si parum absit a perfecta ætate, & testamento & lege tutor aliis dari potest; sed administratio utriusque differtur, donec minor ætatem impleverit, & furiosus valide sapiat. *l.* 10. §. 7. *de excus. tut.* Interim carent omni tutelæ effectu, alio a magistratu administratore creato, *d. l.* 10. §. 7. ideoque nec esse tutores, sed fore dicuntur, *h.* §. 2. *l.* 10. §. *pen. de test. tut. l.* 4. *& l.* 8. *de legit. tut* etsi revera munus tutelæ in ipsis sit stabilitum & sint veri tutores, tam testamento quam lege dati: alioqui magistratus non juberetur alium substituere, ut vult *d. l.* 10. §. 7. sed Lex ipsa transiret ad agnatum perfectæ ætatis, *arg. l.* 3. §. *pen. de legit. tut.* An autem substitutus ille tutor vel curator sit, videbimus: & *alio loco*, quid jure novo hac parte sit mutatum.

3. (c) Hactenus secundum Rubricam, qui tutores dari possint. Sequuntur aliæ quædam regulæ, & quidem tres; duæ in §. 3. Prima est, quod *Tutela æque conditionis & temporis adjectionem, ac alia in testamento scripta, recipiat.* Ratio dubitandi erat, quia tutoris datio inter actus legitimos refertur, qui diem & conditionem non recipiunt. *l.* 77. *de R. J.* At hoc de tutela dativa, quæ solenniter apud Magistratum fit, intelligendum, non de testamentaria, quæ hic agitur, neque de ipsa legitima. Est & moralis ratio, quæ prohibet magistratum aliter quam pure tutorem dare, quia cum Pater tutelam suspendit in certum tempus, vel casum incertum, interea potest alius facile a magistratu dari, §. 1. *infr. de Attil. tut.* at si ipse magistratus defectum committeret, nemo foret a quo suppleretur. In legitimis tutelis desunt termini habiles huic regulæ, nam lex, quæ simplex & generalis est, conditionem vel diem adjicere non potest. Secunda regula est, *posse tutorem non modo post, sed & ante heredis institutionem dari.* Quod monitu dignum est visum, quia cum heredis institutio sit basis ac fundamentum testamenti, veteres putabant, hoc caput debere primum esse, cui reliqua superstruerentur, §. 34. *Inst. de Legat.* Sed Justiniano generaliter hic anxius verborum ordo displicuit, imo & ab antiquis vituperatum fuisse, testatur *d.* §. 34. & sane tutoris datione, utilitatem pupilli jam olim contra hunc scrupulum prævaluisse, ex hoc loco apparet; loquitur enim ut de re nota minimeque nova Imperator. Tertia regula in §. 4. *Certæ rei vel causæ tutor dari non potest*; (2) ratio redditur, *quia personæ, non causæ, vel rei*, tutor datur. Nimirum personæ principaliter, ut dictum *supra*, rebus per consequentiam; & cum a persona pupilli totum pendeat patrimonium, sequitur universo quoque patrimonio tutorem datum censeri, *l.* 12. *& seqq. de testam. tut.* Cæterum, est exceptio ab hac regula in hereditate adeunda, ad quam, pupillo tutore destituto, curator dari nequit, sed est tutor necessario dandus, *l.* 17. §. 1. *de Appell. l.* 13. *de tut. & cur. dat.* Ratio, quia hereditatis aditio ex iis est, quæ solennitatem juris desiderant, cum & actus Legitimus sit, *l.* 77. *de R. J.* ad talia autem explicanda, tutore auctore opus est, *l.* 19. *de auctor. tut.* Alium sunt qui exceptionem proferunt ex *l.* 15. *de testam. tut.* quæ tamen remissa magis interpretatio, quam exceptio regulæ videtur: Diffuso per diversas provincias pupilli patrimonio, tutor rei Syriacæ, alius Africanæ utiliter datur, *& hoc jure utimur*, ait JCtus: indicans, benigne, non ex stricta juris ratione, id esse receptum, & sic intelligi, tutores quidem ipsi pupillo datos, sed administrationem inter eos divisam esse, quod fieri solere, *titulus Cod. de divid. tut.* ostendit.

S C H O L I U M.

His adde quintam regulam ex fine tit. præced. & sextam ex l. 11. *de Testam. tut. Quotiescunque semel obtinuit Tutela testamentaria, vel quoties spes adest eam obtinere posse, toties alius dandus est a magistratu, excluso legitimo.*

R E S P O N S I O.

Hoc agebatur, ut regulæ a Justiniano collocatæ in hoc tit. educerentur, non ut quæcunque sunt, huc aliunde accumularentur.

Indul-

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4. 5.

(2) *Consule de hac regula Clariss. D. Noodt Probab.* lib. 1. cap. 2. n. 6. *qui putat consuetudine Populi Romani ab hac regula fuisse recessum, quod colligit ex* l. 27. ff. de tut. dat. ab his. Et ex L. L. 22. & seqq. de test. tut.

Digitized by Google

N. A D D I T.

Indulgendum aliquid Autori aliquando, ut habeat, quod Scholio opponat, etiam e longinquo petenti. Nam responsioni huic alias facile regeri potuisset; in explicatione Institutionum non vitio verti commentatori, si ea, quæ Justinianus omisit, & tamen multum ad rem faciunt, suppleat. Alias enim ipse Autor subinde hic foret taxandus vide v. g. ejus positiones ad tit. de excus. tut. *item* ad tit. quibus alienare licet vel non. *Istam vero regulam, quam in Scholio addidi, multum ad intelligendum hunc titulum facere, latius ostendi* in notis ad Strauchium V. 10. p. 43. seq. *ubi* d. l. 11. de test. tut. *ex fontibus bonæ interpretationis aliter explico, quam communiter fit*. Adeoque totum locum huc appono: *Quæstioni, an mortuo tutore in testamento dato locus sit legitimæ tutelæ, an dativæ, similis est quæstio de tutore ad certum tempus vel conditionem dato, an ei succedere debeat legitimus an dativus? Res omnis sita est in recta explicatione* d. l. 11. de testam. tut. *in ejus quippe* princ. *regulæ loco ponitur*: Legitimum tutorem cessare, quamdiu testamentaria tutela speratur. *Ergo forte concludere licebit a contrario, si tutela testamentaria non amplius speratur, admittetur tutor legitimus. Jam quid si tutor, ad quem semel testamentaria tutela devoluta est, postea se ab eadem excuset, aut removeatur? Videtur legitimus tutor succedere, quia scil. post excusationem, aut remotionem, tutela testamentaria non amplius speratur, sed in totum desiit. Verum respondet JCtus* d. l. 11. §. 1. & 2. *argumento hoc non obstante, dari debere tutorem a Magistratu. Sed quæ ratio? Duplex se hic via aperit, a cujus recta dijudicatione propositarum quoque quæstionum decisio dependet*, (1) *Si dicamus, in verbis* d. §. 1. si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela *&c assertionis istius rationem consistere per novam regulam, cujus sensus sit*: Quotiescunque tutela jam semel ad testamentarium devoluta fuerit, toties, si postea ex quacumque causa deponat tutelam, dativum tutorem debere succedere, *atque ad hanc regulam declarandam JCtum afferre tantum exempli loco tutorem se excusantem, aut remotum, præter eos vero etiam tutorem ad certum tempus, vel conditionem datum, tum quoque tutorem post testatorem mortuum, ad istam spectare regulam. Et itaque secundum hanc explicationem tutoribus hujusmodi, quia jam ad hos semel tutela devoluta est, non legitimus tutor succedet, sed dativus*, arg. l. 11. §. 1. *jun.* §. 2. Inst. de leg. agn. tut. *Nec obstabit huic explicationi, quoad tutorem defuncto testatore mortuum*, §. 3. ejusdem l. 11. *Et si enim in eo verbis generalibus dicatur: tutore testamentario mortuo, ad legitimam tutelam redire; verba tamen generalia restringenda erunt ex* d. §. 2. Inst. *ad eum casum, si vivo testatore decesserit, quia scil. tutela testamentaria tunc ad tutorem istum nondum est devoluta. per* d. l. 11. §. 1. *Longe aliter res procedet, si hac explicatione* §. 1. *rejecta, pergamus ad alteram. Poterunt quippe* (2) *verba* d. §. 1. & si semel &c. *ita exponi, ut non ratio decisionis in eis sita sit, nec regulam novam faciant, sed tantum ad casum ibi propositum spectent, ut sensus sit, tutore testamentario, qui semel tutelam suscepit, remoto, aut se excusante, dativum succedere non ideo, quia semel locum habuit testamentaria, sed ex alia ratione, quia scil. specialissime isti casus per SCtum quoddam a regula generali in* pr. l. 11. *contenta, erant exemti. Cui explicationi favent verba* §. 3. d. l. 11. quia hic SCtum cessat. *jun.* l. 17. ff. de tut. *quo pacto* §. 1. & 2. *tanquam de casibus specialibus & de exceptione loquentes, ad alios non erunt extendendi, & ita tutori ad certum tempus aut conditionem dato, item illi, qui post susceptam tutelam moritur, succedet non dativus, sed legitimus, quia in his regula* d. pr. l. 11. *locum habet, quod scil. in his casibus non amplius speretur tutela testamentaria. Jam quid in hac sententiarum diversitate dicemus? Si, uti in aliis ultimarum voluntatum quæstionibus, ex voluntate testatoris res definienda foret, (in quam sententiam inclinat* Loc. quæst. just. 49. & 50. *) dici posset, casus istos, quibus tutela semel suscepta a tutore testamentario ante pubertatem pupilli deponitur, discernendos esse; Aut enim de eo casu testator in testamento probabiliter cogitavit, aut non cogitavit. Si de eo cogitaverit ipse, ut si ad certum tempus, vel conditionem dedit, præsumptio etiam est quod tutores legitimos tantum ad illud tempus aut conditionem a tutela voluerit excludere; ergo finito tempore aut præsente conditione, tutori testamentario succedere debebunt legitimi; si vero casus a testatore prævideri non poterat; ut si tutor post susceptam tutelam se excuset, aut removeatur aut etiam moriatur, tum, quia absolute testator legitimos voluit excludere, in residuum tempus tutores a Magistratu dari debere videntur.* d. §. 1. & 2. *Alia vero ratio tunc esset ejus tutoris, qui vivo testatore defunctus est. Nam tum testator, si novum non dederit,* vide-

videretur a voluntate priori recessisse, quapropter merito legitimus tunc succederet. §. 3. l. 11. *Verum quod in præsenti materia leges non ad solam voluntatem testatorum respexerint, indicio est* pr. d. l. 11. *ubi tutore ex certo tempore vel conditione dato, interim non legitimus tutelam administrat, sed dativus, cum tamen testator legitimum ex isto tempore, vel conditione adscripta solum videatur a tutela removere voluisse. Item quid si tutor testamento datus, antequam suscipiat tutelam, se excuset? Et hic ex ratione allata, quoniam defunctus casum hunc prævidere non poterat, & absolute legitimum excluserat, dativo tutela deferri debebat, cum tamen hæc definitio legibus civilibus parum sit congrua, tum propter verba,* si semel &c. d. §. 1. l. 11. d. t. *tum propter* §. 2. de legit. agn. tut. *jun.* pr. Inst. de hered. quæ ab intest. *verb.* ex eo nemo heres extiterit. *Quapropter ut dicam, quid sentiam, primam explicationem* d. l. 11. *& dispositioni juris civilis, & ejus rationi, optime convenire arbitror, idque breviter ita demonstro. Legitima tutela locum habet tum demum, si quantum ad tutelam pertinet, defunctus intestatus decesserit,* d. §. 1. de legit. agn. tut. *Nota vero est in materia intestati regula: neminem pro parte ex testamento, pro parte ab intestato posse succedere. Hanc regulam & in materia præsentii obtinere puto, & rationem esse totius* l. 11. de test. tut. *Inde ergo est, quod* in pr. d. l. 11. *tutore sub conditione, vel ex certo tempore dato, quia speratur effectus testamenti, legitimi tutores, tanquam ab intestato venientes, non admittantur, sed interim a Magistratu, qui loco defuncti ipsius voluntatem supplet, alius detur. Inde porro est quod si semel tutela testamentaria locum habuerit, nec ea deficiente admittantur legitimi, sive removeatur tutor, sive se excuset,* §. 1. & 2. d. l. 11. *sive etiam post testatorem moriatur,* arg. §. 2. Inst. de leg. agn. tut. *modo & tunc tutela ad ipsum jam semel devoluta sit,* arg. §. 1. d. l. 11. (*dissentit Locam.* quæst. Just. 50.) *sive denique ad certum tempus aut conditionem, tutor testamentarius tutelam administraverit,* (*dissentit iterum Locam.* q. 40.) *ob rationis identitatem, ad quam procul dubio respexerunt SCta, tutore post susceptam tutelam se excusante aut remoto agnatos removentia, quæ ratio cum non adsit in eo tutore, qui vivo testatore decessit,* d. §. 2. Instit. de legit. agn. tut. *perspicuum jam est, cur JCtus* §. 3. l. 11. *dicat ad legitimam tutelam redire, quia hic SCtum cesset. Ex hac ratione definiri poterit & illa quæstio: quid si tutor testamentarius deportetur? Legitimum ad tutelam admitti, asserit Ludw.* exerc. 3. th. 9. lit. a. *negat Brunnem.* exerc. 3. ad §. 2. Inst. de leg. agn. tut. p. 23. *Paulus Voet.* ad d. §. 2. p. m. 283. *Ego similiter; si vivo testatore, vel ante susceptam tutelam deportetur, puto legitimum esse audiendum, quia res devenit ad causam intestati; si vero, suscepta tutela, civis esse definat, aut etiam ante susceptam tutelam unus testamento datus decedat, viventibus tamen aliis simul in testamento datis, a Magistratu, ob allatam rationem, alius dari debebit, & ita intelligo* d. l. 11. §. ult. *Non ignota equidem mihi est distinctio Bachovii* ad d. §. 2. Inst. de leg. agn. tut. *quem etiam sequitur Paulus Voet* l. c. *qui, ut* §. 3. d. l. 11. *cum* §. 1. & 2. ibid. *concilient, discrimen esse aunt: an testamentaria tutela semel suscepta finiatur quasi ex natura sua, v. g. morte tutoris, ubi succedat legitimus, an vero finiatur interveniente facto Magistratus, tum non legitimæ, sed dativæ locum esse, v. gr. si tutor remotus sit, aut se excusaverit. Verum ut taceam, hanc distinctionem nulla ratione niti, & Bachovium ipsum ad communem ignorantiæ asylum, legem scil.* non omnium. ff. de LL. *confugere, dum* d. l. *concedit*, non solidam & certam rationem in hujusmodi casibus semper dari posse, cum nec ipse JCtus ad rationem, sed ad SCtum provocet; *illud insuper inconveniens exinde video emergere, quod in applicatione distinctionis illius ad casum de tutore deportato, hæreat aqua Bachovio, cui quidem Voet.* d. l. *tutorem dativum, non legitimum succedere ait, quia nempe & hic tutela non natura sua, sed accedente Magistratus facto finiatur; Bachovius vero, cum hanc applicationem* d. l. 11. §. ult. *non adeo bene convenire sentiat, contrariam opinionem, & legitimo quoque in hoc casu tutelam deferendam esse, amplectitur. Quibus dubiis omnibus haud est opus, si ex nostra hypothesi* §. 3. d. l. 11. *restringas secundum ductum* §. 2. de leg. agn. tut. *ad tutorem, vivo testatore mortuum. Neque enim hoc præsupposito SCtum, cujus fit mentio in* l. 11. *ratione sua (præsumendum quippe est, tamdiu leges ratione niti, donec contrarium ostendatur) destituetur; neque in applicatione hypotheseos nostræ ad casum de tutore deportato, uti supra ostensum, ulla difficultas oritur. Nihil ergo superest, quam ut respondeatur* ad d. l. 6. ff. de legit. tut. *ex qua cum aliis Bachov.* d. l. *evincere vult,* §. 3. l. 11. *etiam de casu, si tutor testamento datus post semel*

Digitized by Google

mel susceptam tutelam moriatur, intelligendum esse. Sed si accurate d. l. *inspiciamus, id quidem exinde demonstrari nequit. Praemittit enim & Paulus ibidem regulam*: Intestato Parente mortuo agnatis deferri tutelam. *Postea vero ostendit, quando dicatur pater esse intestato mortuus, & addit*: Idem dicimus (*scilicet patrem intestato mortuum esse.*) si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur. *Jam si haec verba de tutore post mortem testatoris adhuc vivente & demum suscepta tutela mortuo intelligas, minime dici poterit, patrem intestato mortuum esse, si tempore mortis ejus tutor vixit non solum, sed etiam tutelam suscepit. Concludo, de hac tota controversia, atque praeprimis de explicatione mea, judicium Peritiorum expecto.* Hactenus iste locus ex notis ad Strauchium. *Et adhuc expecto judicia peritiorum de lite mihi ob hanc expositionem mota a Clarissimo Autore observationum ratiocinantium ad Lauterbachium* obs. 807. §. 2. & 3. *Ego quidem id, quod ibi docetur, pro contradictione magis, quam pro refutatione sententiae meae habeo, ita credo omnibus istis dubiis, quae a Viro Clarissimo moventur, vel jam in loco nunc descripto esse satisfactum, vel ex ibi dictis facillime posse satisfieri. Unica conjectura superest, ex voce redire & reverti, quibus JCti utuntur in* d. l. 11. §. 3. de testam. tut. & d. l. 6. de legit. tut. *unde concluditur, quod textus loquantur de casu, ubi tutelam jam a tutore testamentario intercepta fuerit. Sed leviorem hanc esse conjecturam arbitror, quam ut vincere possit conjecturas istas graviores pro mea sententia in loco jam descripto adductas. Accedit, quod JCti non ubique ita accurati sint in verborum proprietate seligenda, ut ex voce rescindere patet in nota controversia de querela inofficiosi. Et potest etiam dici, quod tutela redeat vel revertatur ad tutorem legitimum, si tutor testamentarius moriatur vivo testatore, eo videlicet sensu, quo dici potest adhuc vivo testatore, quod per dationem testamentarii tutoris tutelam legitimam interceperit &c.*

4. (d) Postremo de verbis agitur in §. *ult.* Qui filiis utriusque sexus dat tutores, etiam posthumis dedisse videtur, non nepotibus. Si vero liberis dederit, tunc non modo filiis, sed & nepotibus neptibusque post se nascituris prospexisse creditur, cum & hi sint liberi, ut vel ex *tit. de liberis & posthum. her. inst.* constat; filiorum atque liberorum appellatio distinguitur in hoc §. *ult.* cum promiscue sumatur in *l.* 84. & *l.* 220. *de V. S.* Scilicet naturaliter & proprie liberorum vox patet latius, quam filiorum, sic ut nepotes rectius liberi, quam filii dicantur, & haec proprietas servatur in nostro §. Sed civili interpretatione & extensione JCtorum, per filios saepe omnes liberi, etiam ultra gradum primum intelliguntur, *d. l.* 84. & *l.* 220. maxime in interpretatione legum, ut notat Alciatus 3. *Parad.* 9. exempla in *l.* 59. *de rit. nupt. l.* 2. §. 28. *ad SC. Tertyl. l.* 14. *ad SC. Maced.* Sed in dispositionibus hominum proprietatem verborum magis observari existimat. Quin nec in Legibus, si odiosae sint, extensio semper admittitur: consentaneum enim non est, poenas filiis impositas extendere ad nepotes, ut in *l. quisquis* 5. *C. ad L. Jul. Maj.*

TIT. XV.

De Legitima Agnatorum Tutela.

I. Tutelae Legitimae definitio explicata. II. Cur soli agnati ad hanc tutelam vocati, & mutatio hujus juris. III. Ab intestato *quid significet.*

(a) SEcunda species tutelae est Legitima. *Quae defertur ex L. XII. Tabb. proximis agnatis ab intestato.* Nam si Pater non prospexerit liberorum tutelae in Testamento, Lex XII. Tabularum proximis agnatis hoc munus sine ullo magistratus ministerio imposuit. Jure civili legitimos tutores nemo dat, sed Lex eos facit immediate, *l.* 5. *D. h. t.* non tantum ob eam, quae traditur in *l.* 1. *de Legit. tut.* rationem, quod onus tutelae ad eos pertinere debeat, qui sperant commodum successionis, sed & ideo, quod ut sanguine, ita affectu & fide pupillis credantur esse conjunctiores. Cognatos autem vocant omnes sanguine junctos, §. 1. *Inst. de Legit. agnat. tut.* suntque vel cognati in specie, vel agnati. Illos dicunt, qui per feminini sexus personas solo naturae vinculo junguntur. Agnati sunt paterne cognati, *ἐξ ἀῤῥενογονίας*, *d.* §. 1. *l.* 4. §. 2. *de grad. & affin.* qui per continuas generationes masculas nobis sunt juncti.

(d) *Pos.* 6. (a) *Pos.* 1. 2. 3. 4.

Digitized by Google

2. (b) Porro Lex XII. Tab. solos ad tutelam agnatos vocavit, *d.* §. 1. quia & eosdem ad successionem solos vocavit, *Agnatus proximus familiam habeto*, erat in Leg. XII. Tab. vel ut Auct. ad Herenn. *lib.* 1. *Familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque esto.* Sunt autem gentiles, qui ex eadem gente, agnati, qui ex eadem familia prodeunt. Gens omnes continet, qui ex ejusdem ultimi progenitoris sanguine proficiscuntur. Familia certam ex illis lineam notat. Sic gens Claudia multas habebat familias, quæ cognominibus discernebantur, Marcellorum, Pulchrorum, Neronum, &c. Omnium plurimas Cornelia gens familias habuit; distincte Cæsar apud Suet. in vita *c.* 6. *A Venere Julii*, inquit, *cujus gentis familia est nostra*, Cæsarum scilicet: accuratius quam JC. in *l.* 195. §. 4. *de V. S.* ubi, quam Cæsar gentem, ipse familiam vocat. Postea cognati Prætorum quidem edictis ad successiones admissi sunt, non æque ad tutelas; sed in iis valuit semper antiqua ratio, quibus lex non dat hereditatem, iisdem nec tutela defertur, *l.* 1. *de leg. tut.* Postremo Justinianus agnatorum discrimen totum sustulit, *omnesque sanguine junctos sola graduum prærogativa, tam in hereditate quam tutela, censeri voluit, convenienter Juri naturæ, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. adeo ut nunc proximi e familia tam materna quam paterna, tutelam Legitimam consequantur. Quod si plures sint ejusdem gradus, tutela non ei potissimum, qui ætate ** vel peritia præcellit, quod lex dijudicare nequit, imponitur; sed ex æquo ad omnes pertinet, modo natura inepti non sint, ut administratio tamen uni plerumque decernatur, *l.* 5. §. 2. *de legit. tut.* vel pluribus, ita ut periculo tutelæ reliqui maneant obstricti. *d. N.* 118. *c.* 5. *in fin.* Ergo & vere tutores sunt; nam si commodum successionis omnes simul amplectantur, quidni & onus tutelæ, cum utraque eodem jure deferantur?

3. (c) Verba *Ab intestato*, non absolute, sed *quantum ad tutelam*, intelligenda, §. 2. *h. l.* 6. *de legit. tut.* non hoc sensu, si nullum extet testamentum, ut respectu hereditatis accipitur: sed ita, quoties ex testamento tutor nullus existit, sive ab herede destitutum, seu tutor ante testatorem, vel conditionem, sub qua datus erat, existentem sit mortuus, §. 2. *d. t.* Nam si, tutela rite suscepta, decesserit tutor, aliud esse juris, *infra* videbimus.

(d) Cæterum cognatio, quia vinculum ejus natura fecit, in quam lex nihil potest, civiliter tolli nequit, sed naturali tantum morte finitur, §. *ult. hic*; adeo ut post deportationem, consanguinei qui fuerunt, iidem remaneant. *l.* 1. §. 10. *de suis & legit. hered.* Verum cognationis jura, quæ civilem effectum habent, ut successio in hereditates ex bonorum possessionibus, morte etiam civili extinguuntur, §. 6. *tit. seq.* quæ sic non repugnat *huic* §. *ult.* Cognatio igitur nullo civili modo perit, sed agnatio, cujus differentia civili effectu constat, capitis diminutione, quæ Juris civilis inventum est, plerumque perimitur, ait Cæsar *in* §. *ult. d. tit.* Vox *plerumque* adjecta est, quia Anastasius *in l.* 4. *C. de Legit. tut.* fratres emancipatos, & Justinianus in *l. ult. C. de legit. hered.* eorum filios ad successionem fratrum ac Patruorum, & consequenter illos vicissim ad tutelam vocaverant, atque ita hactenus agnationem, non obstante capitis diminutione, conservaverant. Novissime cum agnatorum & cognatorum differentia omnis sublata sit *N.* 118. *c.* 4. & 5. consequens est, nihil in sanguinis ratione per capitis diminutionem mutari; ut tamen effectus civiles, quos diximus, morte civili etiamnum pereant.

TIT.

(b) *Pos.* 5. 6. 7. (c) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 1. *tit. seq.*

* Attenditur tamen id Sax. Jure, quo Agnati Cognatis in suscipienda tutela, sive pupillus bona feudalia s. allodialia habeat, sunt potiores, *L. R. l.* 1. *art.* 23. *W B. art.* 49. Cognatique tantum in subsidium admittuntur, Carpz. *L.* 3. *Resp.* 81. *n.* 27. add. Mencken. *Disp. de Prerogativa Agnatorum præ Cognatis in suscipienda tutela curave, quoad allodium & Feudum. th.* 30. *seqq.*

** Apud nos secus est, ubi is, qui ex agnatis in eodem gradu constitutis senior est, reliquis præfertur, *L. R. l.* 1. *a.* 23. v. *ihr altester ebenburtiger Schwerdt-Magen.* Carpz. *P.* 2. *C.* 11. *D.* 13. *n.* 1. *Id. L. D. Resp.* 81. Richt. *dec.* 12. *n.* 9. Non tamen in Concursu aviæ paternæ & maternæ ætatis habetur ratio, Carpz. *P.* 2. *dec.* 122. Struv. *Ex.* 23. *th.* 26.

TIT. XVI.

De Capitis Diminutione.

I. Aliud caput & capitis Diminutio. II. Divisio ejus & de maxima capitis Diminutione. III. De media. IV. De minima.

ORdo postulat, ut quid sit capitis Diminutio, videamus. Caput, non modo supremum hominis ventrem, sed & hominem simpliciter significat *l.* 195. §. 2. *de V. S.* & caput pro fama sæpe usurpat Cicero aliique Latini, teste JC. *in l.* 103. *de V. S.* Sed usu juris obtinuit, ut per caput intelligatur status seu conditio, quam quis obtinet jure naturæ, jure civili & jure generis; jus, inquam, libertatis, civitatis & familiæ; quæ triaqui obtinet, caput integrum habet, & servus, cum his omnibus careat, nullum caput habere, nec unquam capite minui dicitur. §. 4. *de cap. dim.* Definitur capitis diminutio, quod sit prioris status mutatio *in deterius*, ut est iu *princ. h. t. Synops. Attal. tit.* 3. *εἰς τὸ χεῖρον*, quo sensu & Theophilus capitis minutionem vocat *πάθος κατάστασιν ἐλαττοῦν τοῦ πάχοντος*, *Passionem, quæ statum patientis minuit*.

2. Jam cum triplex sit status, Libertatis, Civitatis & Familiæ, est triplex capitis diminutio; maxima, media & minima. Maxima est, quæ omnem statum, etiam libertatis tollit, quam patiuntur qui ad bestias aut ignem damnantur, ait Theoph. aut in metallum vel opus metalli, quorum differentia est in *l.* 8. §. 6. *de pœn* & omnes capitis damnati, qui servi pœnæ fiunt. (1) *Της τιμωρίας τὸν καταδεδικασμένον ἔχουση ἑαυτῃ δουλεύοντα*, *quoniam pœna damnatum sibi mancipatum habet*, ait Imp. ut pœna ejus quasi domina sit. Sed Justinianus in *Nov.* 22. *c.* 8. servitutem pœnæ sustulisse videtur, ex verbis textus: *Ἡμεῖς δε ὀυδένα τῶν ἐξ ἀρχῆς ἐυ γεγονότων ἐκ τιμωρίας γίνεσθαι συγχωροῦμεν οἰκέτην*, *Nos neminem ab initio bene natum ex supplicio servum fieri permittimus*. Moribus hodiernis sublata omni servitute, non est dubium, quin capitis damnati libertatem retineant, etiam qui in opus publicum vel ad remos damnantur, licet perpetuo; nam non olim servi pœnæ censebantur, sed jus civitatis amittebant. *l.* 17. §. 1. *de Pœn.* Porro & liberti olim maximo capite minuebantur, cum ob ingratitudinem erga Patronos *ἀναδόυλωσιν* paterentur, in servitutem Patronis iterum addicendi, *l.* 3. *C. de libert. & eor. lib.* quæ est exceptio ejus, quod Seneca scribit, 3. *de benef.* 6. *Excepta Medorum gente non est in ulla data adversus ingratum actio*, alias *huic uni omnia fora vix sufficerent*, *cap.* 7. Est & altera exceptio in donatario, a quo propter ingratitudinem donatio revocatur. *l. ult. C. de revoc. donat.* Plures in jure Romano ingrati actiones vix dantur.

3. Media capitis diminutio est, cum salva libertate civitas amittitur; quod accidit his, quibus aqua & igni interdicitur, (2) aut qui in insulam deportantur. §. 3. *h. t.* Numerantur hæ duæ tanquam species pœnarum oppositæ, cum sint subordinatæ. Nam in locum aqua & igni interdictionis surrogata est deportatio. *l.* 2. §. 1. *de pœn. l.* 3. *ad L. Jul. pecul.* Utriusque effectus est unns & idem, ut civitatis jus, non libertatem auferat, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 17. *de pœn. & passim*, sed discrimen est, quod deportatus *τόπῳ περικέκλεισαι, τοῦτ' ἐσι τῇ νήσῳ*, *certo loco, id est insulæ, includitur*, *ὁ δέ*, cui aqua & igni interdictum est, *παντὸς εἴργεται τόπου*, *ab omnibus locis excluditur*, ait Theoph. unde lata fuga eleganter vocatur in *l.* 5. *de interd. & releg.* Græcorum imitatione, qui *φεύγειν τὴν πατρίδα, πόλιν*, exules dicunt, qui fugiant *Patriam, sive urbem.* Budæ. *comm. Gr. L. pag.* 5. utique tamen intra certos terminos, ut Ciceroni Lege Clodia quadringentis millibus passuum ab Italia interdictum fuit. Utraque species, maxima & media capitis diminutio, quandoque *magna* dicitur uno vocabulo, quæ mortem civilem infligat, auferendo libertatem vel civitatem, minor quæ solam mutet familiam, *l.* 1. §. 4. *de suis & legit. hered.* sic & Callistratus in *l.* 5. §. *ult. de Extraord. cogn.* magnam capitis diminutionem vocat, *qua libertas adimitur, veluti in persona deportatorum*; sub magna mediam complectitur; sed cur libertatem deportato auferri dicit contra innumera juris loca, quibus tantum civitas dicitur adimi? Si non legendum sit *vel*, aut *vel uti*, ut ple-

(1) *De servitute pœnæ consule Ger. Noodt probab.* lib. III. cap. 12.
(2) *Confer Auctorem in Digress.* part. 2. lib. 2. cap. 24. *item Gerard. Noodt Probab.* lib. III. c. 8.

plerique hunc nodum solvunt, non erit insolens, libertatem a Callistrato civilem, quæ est Quiritium, intelligi, de qua Cicero *pro Cæcin. Qui potest jure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?* Velim & hoc considerari; deportatio multa dicitur auferre, quæ sunt Juris Gentium, & quæ revera non tollit, sed quorum usum impedit in foro Romano, ut matrimonium, testamenti factionem (3) & omne commercium. Quid si & libertatem ita dicamus adimi, non quod eam extinguat, sed inutilem in civitate & omni vita reddat; prætertim, cum omnis capitis diminutio in perpetuum fiat, *l.* 7. §. 2. *l.* 18. *de interd.* & *releg.* etiam minima *arg. l.* 77. *de R. J.* licet quandoque imperitia damnantis tempus adjiciatur. *l.* 23. *de Pœnis*. Probabilior hæc responsio est, quia satis liquet, Callistratum abuti terminis, nec admodum exacte loqui, & *in hoc* §. *ult.* & *præced.* 2.

4. Minima capitis diminutio est, cum salva libertate ac civitate, familiæ status mutatur, quod fit per adoptionem & emancipationem. §. 3. *h. t.* Nam quod hi actus salvo statu fieri dicuntur, de statu publico accipiendum, non de privato, in *l.* 1. §. 8. *ad SC. Tertyll.* Hos autem actus olim sine imaginaria venditione & servitute fieri non potuisse, dictum est in *lib.* 3. *Digress. cap.* 6. eosque propter hanc servilem causam inter capitis diminutiones numerari diximus ex *l.* 3. *de cap. min.* Quæ imago servitutis cum sit abolita, *l. ult. C. de emanc. lib.* nulla potest emancipatio intelligi, ubi filius non mancipatur, id est, venditur amplius; quin hodie, cum nihil in sanguine, quam naturalis cognatio spectetur, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. quæ & olim cum jure familiæ late sumptæ emancipatis manebat, *l.* 69. §. *ult. de Leg.* 2. *l.* 195. §. 1. *de V. S.* sequitur, emancipatione statum familiæ amplius non mutari, * eamque nullo sensu capitis diminutionem, sed resolutionem simplicem patriæ potestatis appellandam esse. Perinde ac dignitas, quæ facta quidem est modus tollendæ Patriæ potestatis, sed nunquam capitis diminutio, quia hæc, inquam, est status mutatio εἰς τὸ χεῖρον, *in deterius*, πάθος, afflictio, ut *supr.* ex Theoph. Hæc latius *in d. lib.* 3 *Digress. cap.* 6.

Scholium.

Non tam ad etymologiam capitis diminutionis, quam ad definitionem Imperatoris respiciendum; ideoque emancipati caput minuunt, quia statum mutant; Neque hic Paulum curamus in l. 3. §. 1. de cap. dim. *JCtorum enim rationes non perpetuo sunt optimæ, sed potius cum Vinnio facimus, quem refutare intendit Auctor* l. 3. Digress. c. 6.

Responsio.

Ego vero minore cum invidia & majori auctoritate curo Paulum, quam negligo Vinnium, ubi discrepent. Non verba tantum, sed & res mutatæ sunt, ideoque reales effectus cessare necesse est. Restitutio in integrum fuit effectum reale capitis diminutionis; non est hodie. quia causa, propter quam erat capitis diminutio, sublata est, ut docetur ad tit. ff. de cap. dimin. in fin. *sed integrum lectori judicium de causa committitur, si vacat*, ex d. l. Digression.

N. Addit.

Non dissentio in Scholio ab Autore circa ipsam propositionem, quod jure novo emancipatio non amplius sit capitis diminutio. Sed saltem nego, ex ratione Paulina eam conclusionem deducendam esse. & ex hypothesi, quod in capitis diminutione semper fiat mutatio in deterius. Neque auctoritatem Vinnii sequor, sed ejus rationes. Auctoritas nec Vinnii nec Pauli apud me ulla est, sed ubique rationis, quam si apud Bartolum vel Baldum invenirem, eam præferrem Paulo, inepta ratione stipato.

TIT.

(3) *Non recte testamenti factio ad jus gentium, sive naturæ refertur.*

* Apud Saxones emancipatio ne Jus quidem agnationis tollit, *a. L. R. l.* 1. *a.* 23. in primis, si virtualem Emancipationem respicias, quæ per œconomiam peculiarem similque nuptias contingit. Nihilominus tamen etiam in Saxonia capitis diminutio minima adhuc hodie est capitis diminutio, quatenus patriam potestatem dissolvit, & ex homine alieni iuris facit hominem sui iuris, v. *Dec. El.* 23. Bachov. *ad Treutl. V. l. disp.* 11. *lit. C.* Neque vero in omnibus cum Theophilo capitis deminutionem mutationem εἰς τὸ χεῖρον καὶ πάθος semper vocaveris, cum ejus appellatio in emancipatione, ubi jam veteris servitutis imaginariæ ritus diu abolitus erat, a legibus Civilibus servata fuerit.

Digitized by Google

T I T. XVII.

De Legitima Patronorum Tutela.

I. Ratio tutelæ Patronorum, ſpes hereditatis. II. Quando illa ratio ceſſet. III. Regula Artis ex illa conſequentia.

(a) FUit legitima tutela, quæ jure agnationis defertur; ſequuntur quædam Speciales etiam ex lege ortæ ac inde nomen habentes, verum abſque agnatione: Quarum prima eſt *Patronorum*, qui ſunt tutores legitimi libertorum, quos ante pubertatem manumiſerunt. Nam cum his teſtamento,qui in patria poteſtate non ſunt, tutor evenire nequeat, neque agnatos habere poſſint, quia inter ſervos nulla familiæ jura ſunt, Lex ad Patronum decurrit, vel potius JCti mentem Legis, quæ de Patronis locuta non eſt, ad eos produxerunt, hac conſequentia: Lex vocat agnatos ad Legitimam tutelam, quia defert iis ſucceſſionem, & æquum videtur, ut potius illi tutela onerentur, qui ſperant emolumentum,*quam quibus nec feritur nec metitur. *arg. l.* 10. *de R. J.* Atqui Patronis dabat Lex hereditatem libertorum, Ergo tamquam digito monſtrabat, quibus tutela mandaretur, quam & inter Legitimas ideo retulerunt; nam ex Legibus eſſe dicitur tam quod ex Legum ſententia, quam e verbis traditur, *l 6.* §. 1. *de V. S.*

2.(b) Sed conſequentiam illam, monet Imperator, vocula *plerumque* adjecta, non eſſe perpetuam. Requiruntur enim termini habiles,& perſona tutelæ capax. Multi ad hereditates vocantur qui ad tutelam ſunt inhabiles, ut impuberes, furioſi, mente capti, prodigi, muti, ſurdi, cæci & denique mulieres, quæ hic ſolæ excipiuntur. Nam & hæ ſucceſſionum capaces, a tutelis excluduntur, *hic* & *l.*16.*l.ult. de tut.*ut ne pater quidem ſuperſtiti uxori tutelam mandare poſſit, *l.* 26. *pr. de teſtam. tut.* quamquam ſi *commendet* tutoribus datis, ut ope conſilioque matris bona moreſque pupilli regant, id fruſtra non erit *l.*5. §.8. *de adminiſtr. tut.* & fiducia pietatis matres ſæpe res liberorum adminiſtraſſe, indicat *l.* 31. §. 6. *de negot. geſt.* Ratio autem arcendæ mulieris a tutela, eſt imbecillitas ſexus, quæ ipſam perpetuæ quondam tutelæ ſubjectam ſeddebat, ut dictum *ſupra*, quæque ab omni publico & civili munere eam arcet. *l.* 2. *de R. J. Tutela virile munus eſt & ultra ſexum fœmineæ infirmitatis*, ait *l.* 1. *C. Quando mul. tut. off.*

3.(c) Interim ex illa conſequentia colligi poteſt, non tantum ea, quæ verbis legum exprimuntur, haberi pro legum præceptis; ſed omnino etiam, quæ per idoneam ratiocinandi ſequelam inde probari poſſunt. Nam artis noſtræ principium eſt *Lex & Ratio*.

T I T. XVIII.

De Legitima Parentum Tutela.

(a) LIberi in poteſtate patria conſtituti, nec Parentem, nec alium quemquam, ut occupavimus dicere, tutorem habere poſſunt. At ſi impuberes Pater emancipaverit, conſequitur legitimam eorum tutelam *tit. Inſt.de legit. Parent. tut.* non utique ex verbis legis, nec per conſequentiam quidem directam. Nam iure agnationis Pater vocari nequit, cum hæc per emancipationem ſoluta ſit. §. *ult ſupr. de legit. agn. tut.* Nec per interpretationem, qualis

(a) *Poſ.* 1. 2. (b) *Poſ.* 3. (c) *Poſ.* 4. (a) *Poſ.* 1. 2.

* Unde apud Saxones in feudis ſimultanee inveſtitis, ob ſpem & jus ſuccedendi, tutela defertur, licet non ſint agnati. Schrader. *de feudis p.* 10. *S.* 9. *n.* 49. Horn. *Juriſpr. Feud. c.* 6. *th.* 15. v. Menck. *Diſp. de Prærogativa Agnatorum præ Cognatis th.* 32. Strykii *Exam. Jur. Feud. c.* 7. *th.* 17. Item Agnati in Feudo non aliter quam ſi ſimultanee ſint inveſtiti, ad Tutelam admittuntur. *a. Lehn. R. c.* 21. *ſ. das Torgauiſche Ausſchr.* d. ann. 1589. t. *Welchergeſtalt die Agnaten.* 6. *Dieweil denn.* vid. Hartm. Piſtor. *l.* 2. *q.* 19. *n.* 58. Carpz. *p.* 2. *C.* 45. *d.* 13. Quod ſi vero Agnati & Cognati æquali Jure ſimultaneam inveſtituram uno actu obtinuerint, agnatos cognatis, & ex pluribus etiam extraneis ſeniorem reliquis præferendum eſſe, cenſet Dn. Horn. *l. c.* Eodem fundamento ſucceſſionis ſperandæ, nititur tutela Domini Directi, quæ deficientibus agnatis aut ſimultanee inveſtitis ipſi & communi & Saxonico Iure imponitur. *Lehn. R. cap.* 26 Schrader *d. l.* 9. 71. ubi arg. *L. R. l.* 2. *a.* 58. Fructus quoque Domino deberi, ipſumque ab onere rationum reddendarum liberum eſſe videri poterat. l. *Lehn. R. d. cap.* 26. conf. Jo Petr. Ludewig. *d. diff. iur. commun. & Germ. in tutel. fructuar. in opuſcul. Hiſtor. L. I. cap.* 81. *p.* 327. Henr. a Roſenthal. *Syn. feud. cap.* 12. *Concl.* 10. *n.* 37. Verum uſus Saxoniæ contrarium recepit, nec hic diſcrimen inter Dominum abſolve tutores agnoſcit, v. Coler. *de Proc. Execut. p.* 2. *c.* 3. *n.* 306. *p.* 2. *C.* 11. *d.* 1. *n.* 6. potiſſimum, cum, quod in beneficiis Angliæ feudis & olim obtinuit & nunc obtinet, v. Crag. *Jur. feud. L. II. tit.* 20. §.8. ad feuda Germaniæ onerofo nomine acquiſita, trahendum non ſit.

Digitized by Google

lis in Patrono fuit, quia lex Patrem non vocabat ad successionem filii emancipati, nisi Pater tertiæ venditioni fiduciæ pactum adjecisset, tunc enim quasi manumissor succedebat filio, ut patronus liberto solebat, §. *ult. infr. de legit. agnat. success.* donec Justinianus constituit, fiduciæ pactum semper interpositum videri, adeoque parentes ad legitimam successionem pariter atque tutelam emancipatorum, ordinario jure vocavit *d.* §. *ult. l. ult. C. de emancip. lib.* unde hæc rubrica est; *de legitima Parentum Tutela*; confer *l.* 3. §. *ult. de legit. tut.* Idem de avo, qui nepotem emancipabat, intelligendum.

(b) Etsi autem Patria potestas tutelam formaliter excludit, tamen longe plus juris in filium Patri competit, quam in pupillum tutori, ut e *tit.* de Patria potestate intelligi potuit. Neque enim simplex administrator est bonorum ejus adventitiorum, *l.* 1. *C. de bon. mat.* sed cum usufructu & potestate dominio proxima, ut sit etiam ἀνεκλόγιστος, nec rationibus reddendis obnoxius, *l.* 6. §. 2. *C. de bon. quæ lib.* attamen citra jus alienandi, *dd. ll.* Etiam administrationem ei recte a testatore, qui filium bonis auget, interdici non dubitatur, cum & ab usufructu excludi possit, *Auth. Excipitur. C. de bon. quæ lib.* vid. Sand. *l.* 2. *tit.* 7. *def.* 1. & 2. Denique hoc jus secundis nuptiis Patrem non amittere, clari textus evincunt in *l.* 4. *C. de bon. mat. l.* 5. *in pr. C. de sec. nupt.*

(c) Hodie matri perfectæ ætatis & aviæ permittitur, (neque enim cogi possunt) liberorum ac nepotum tutela, cum ex testamento nullus extat tutor, κατὰ τὴν τῆς κληρονομίας τάξιν, *secundum ordinem hereditatis*, idque sub duplici lege; si renuntiet ἐν ὑπομνήμασι, *inter acta*, secundis nuptiis & SCto Vellejano.* *Auth. matri. C. quando mul. tut. off. ex Nov.* 118 *c.* 5. Jusjurandum, quod exigi solebat, ob perjurii periculum in molli sexu remittitur. *Auth. sacramentum. eod. ex Nov.* 94. *c.* 2. Beneficio Vellejani renuntiant, ut cum effectu pro pupillis intercedere possint, cum res suas pro tutela obligant, *Nov.* 94. *c.* 1. aut pro pupillis contrahunt, eosque in judicio defendunt, *l. pen. D. Quando ex facto tut.* quæ species intercessionis SCto Vell. comprehensa est, *l.* 2. §. *ult. ad SC. Vell.* Huic autem moribus hodiernis ab initio non solet in universum renuntiari, verum in singulis causis, quoties usu venit, ut matres pro pupillis intercedant. Cæterum matres amissa semel tutela, etsi denuo ad viduitatem redactæ, tamen eam non recuperant, quia quod extinctum est, sine nova causa reviviscere nequit. *arg. l.* 30. *pr. de S. V. P. l.* 66. §. 1. *de leg.* 2. An vitrici ad Tutelam matribus ademptam admittantur, aliaque plura, vide sis *in Digression. lib.* 3. *c.* 12.

T I T. XIX.

De Fiduciaria Tutela.

(a) SEquitur Titulus de fiduciaria tutela; *Quæ post mortem emancipatoris, liberis ejus perfectæ ætatis defertur*; sic eam definimus. Alii minus recte: Quæ fratri perfectæ ætatis competit in fratrem impuberem emancipatum. Nam fiduciaria tutela non modo fratri, sed & Patri & Patruo convenire potest, ut Theophilus ostendit, ac ipse Imperator docet in verbis, *vel fratris, vel sororis & cæterorum.* Res ita se habet. Qui emancipat filium impuberem, is tutor ejus fit legitimus, ut modo dictum: Eo mortuo, si filium relinquat alium perfectæ ætatis, hic fiduciarius tutor fit impuberis fratris. *l.* 4. *de legit. tut.* Similiter, si quis emancipet nepotem impuberem, cujus pater vivit, avo mortuo Filius, pater impuberis, in tutelam succedit: si impubes sit nepos ex filio præmortuo, tum superstiti filio, impuberis Patruo, tutela defertur, non tamen ex lege, nec directe, nec per consequentiam; quia neque agnatio esse potest ubi emancipatio intervenit, nec fratres ad hereditatem fratrum emancipatorum vocabantur, sed ne Patres quidem, emancipatione ab avo facta, ex lege enim non veniebant, quia lex solos emancipatores ex pacto fiduciæ vocabat, *d.* §. *ult. I. de legit. agnat. succ.* neque ex jure prætorio, quia jus patronatus avo per emancipationem quæsitum non transibat in pa-

(b) *Pos.* 3. 4. (c) *Pos.* 5. 6. *& seq.* (a) *Pos.* 1. 2.

* Idem in Saxonia obtinet, v. Carpz. *p.* 2. *C.* 41. *d.* 14. Interim hæc renuntiatio beneficiorum muliebrium non efficit, ut mater tutrix in Saxonia, sine Curatore obligationem valide contraxisse censeatur, v. Berlich. *p.* 2. *Concl.* 17. *n.* 56. *j.* Wibel. *de Contr. Mul. c.* 3. §. 5. *n.* 14. siquidem susceptum tutelæ onus non majorem ipsi largitur prudentiam, nec a cura lege definita eam eximit.

Digitized by Google

patrem. *l.* 1. §. 2. & 5. *si a par. quis man.* Ergo subsidiarii quodammodo illi tutores sunt facti; quo sensu *fiduciarii* forte sunt dicti. Nam fiduciarium munus est, quod in subsidium & vicem alterius defertur, sic fiduciarium Imperium Curtio *lib.* 5. *in orat. Nabarz. ad Dar.* Nisi potius a pacto *fiduciae*, quo pater emancipans filium ab emptore imaginario paciscitur, ut post secundam emancipationem (*vid. P.* 1. *lib.* 1. *Digress. Cap.* 4.) filium sibi remancipet, cujus *fiduciae* vi Pater jus Patroni adipiscebatur, ac inde tutela prima patris, altera filii; prima legitima, altera, cum ex legis sequela non veniret, *fiduciaria* inde vocata est. Ipsa quoque Tutela dicitur *fides*, pupilli tutorum fidei commissi. Gell. 5. *c.* 19. Apud Plutarchum *Cicer.* Publilia *ἐν πίστει in fide* Ciceronis.

Movet objectionem Imp. in *hoc tit.* cur hæc tutela non æque dicatur legitima, quam liberi emancipatoris, mortuo patre, suscipiunt; cum liberi manumissoris sive Patroni, æque sint legitimi tutores libertorum impuberum ac Patroni fuerant? Respondet, quia heredes Patroni, si libertus non fuisset manumissus, idem jus, nempe dominium, in ipso habuissent, quod Patronus habebat: sed filii patris non habuissent patriam potestatem in fratrem impuberem, si is in potestate retentus fuisset. Hæc ratio sufficere visa est, obscurior licet ac minus ad rem valida, nec etiam conveniens avo emancipatori, cujus morte nepos in potestatem patris sui recidisset, eandem penitus ac avus habuerat, & tamen hoc casu potest esse fiduciaria tutela, *ut dictum*. Potuerat alia examussim adæquata ratione Cæsar uti; nam constat Legem XII. Tab. liberos Patronorum vocasse ad successionem libertorum; Ergo & ad legitimam tutelam. *l.* 3. §. 7. *de legit. tut.* Sed liberi emancipatoris ab hereditate emancipati erant alieni; ergo & a tutela legitima, ut sæpius dictum.

In fine *hujus tit.* addit Imp. se in omnibus tutelis & curationibus generaliter præcepisse, ne alii, quam qui perfectæ ætatis sunt, id est 25. annorum, *l.* 1. §. 2. *de Minor.* ad tutelam aut curam vocentur, respiciens ad *l. ult. C. de legit. tut.* Qua vix tamen est, ut quidquam novi juris, quam quoad legitimam tutelam, sit introductum. Nam dativos tutores & curatores potuisse olim alios, quam perfectæ ætatis esse, nusquam legimus. Testamentarii potuerunt dari minores, sed & etiamnum possunt, cum de iis non loquatur *d. l. fin.* administrare saltem nequeunt. §. 2. *supr. qui testam. tut.* Perinde legitimi olim vocabantur ad tutelam absque administratione; sed hoc mutatum est in *d. l. ult.* quæ vult eos omnino non vocari.

TIT. XX.
De Atiliano Tutore &c.

I. Unde sit Potestas dandi tutores. II. Usus Atilianæ Tutelæ varius. III. Mutatio duplex Romæ circa hanc speciem. IV. Modus recentior dandi tutores jure Rom.

(a) SEquitur dativa sive honoraria Tutela; quæ deficiente testamentaria & legitima defertur a Magistratu. Quippe si tutor nec testamento datus, neque ex agnatis idoneus extaret, Lex XII. Tab. nihil statuebat, sed leges aliæ in hunc casum pupillis providerunt, ut magistratus defectum Testatoris & sanguinis impleret. Plebiscitum, sive lex Atilia in urbe cavit, ut Prætor urbanus cum majori parte tribunorum plebis, (ergone cessabat hic intercessio Tribunitia?) tutorem daret, *princ. I. de Atil. tut.* Per provincias Lex Julia & Titia, tutores dandi facultatem Præsidibus dedit, *d. princ.* ad quos omnia, quæ Romæ varios judices habebant, cumulatim pertinebant. *l.* 11. *de off. Præs.* Cæterum, potestas magistratuum Jurisdictio vocatur, de qua *alibi*; hic notabimus, eam dici vel ordinariam; quæ ex recepto jure & more competebat, *jure magistratus* qua talis, ut ait *l.* 1. *pr. de off. ej. cui mand.* vel legitimam, quæ speciali lege vel constitutione certis magistratibus tribuitur, *d. l.* 1. Ad hanc referendam esse tutoris dationem, vel ex hoc *princ.* liquet, ubi ex Lege Atilia & Titia descendere affirmatur, & clarius ex *l* 6. §. 2. *de tut.* ubi & Jurisdictionis esse negatur, nempe ordinariæ, quæ voce jurisdictionis simpliciter posita semper intelligitur; Vel si quis legitimam hic neget ullam esse jurisdictionem, quod ex usu Artis abs re non fuerit, is simpliciter ex hoc textu probet, Tutoris dationem non esse jurisdictionis, sed ei soli, cui lex hanc

(a) *Pos.* 1.

Digitized by Google

hanc potestatem dedit, competere. Non obstat, quod in §.4.*h.t.* habetur, magistratus tutorem dare *secundum suam jurisdictionem*; hoc enim nihil vult, quam non posse eos excedere terminos jurisdictionis suæ, nec officium ipsorum, sed personas subjectas denotat. *Ibidem* habetur; in provinciis *jussu præsidum* tutores dari, quod cave de mandata Jurisdictione accipias; nam tutoris datio non potest mandari, nec quicquam ex speciali lege competens, *d.l.*1. *de off. ej. cui mand.* mandatur jurisdictio, cum magistratus partes officii sui in alium transfert, ut is vicibus suis fungatur, volens & rogatus, ex natura mandati. Sed jussus, de quo in §.4. necessitatem ministerii imponit iis, qui præsidibus sunt inferiores. Plura, quæ ad hanc quæstionem pertinent, altioris indaginis sunt, & in Pandectis suo loco usu venient. (1)

2. (b) Atilianus Tutor perpetuus est, vel temporarius. Perpetuus, quando nullus ex testamento vel est, vel expectatur tutor. Temporarius, cum testamentaria tutela pro tempore impedita, speratur tamen extitura, quo casu magistratus partes sunt, quia, dum aliqua spes Testamentariæ superest, legitima cessat *l.* 11. *de test.tut.* exemplo hereditatis. *l.*39.*de adquir. hered.* Casus istius species recensentur in §. 1. *h. t.* si tutor in testamento sub conditione vel ex die sit datus, vel hereditas diutius jaceat, sine cujus aditione tutela non subsistit. *l.* 9. *pr. de testam.tut.* Tunc in vacuum tempus, ne pupilli sint indefensi, tutores dantur, donec dies, conditio aut heres existat; idem est, tutore ab hostibus capto, qui reversus tutelam jure postliminii recuperat, mortuus ad proximos agnatos transmittit; ut, seu vivat, seu moriatur, datus tutor sit temporarius. §.2. *h. t. l.* 11. §. *ult. de Testam. tut.**

3. (c) Tandem usus docuit in Atiliana Lege Juliaque & Titia quædam desiderari; duo potissimum; quod nihil de satisdatione, rem pupillis salvam fore, nec quicquam de compellendis tutoribus ad administrandum, in iis præciperetur, de quibus *ad tit. de satisdat. tut.* Forte & negligentius Prætores ac Tribuni pupillorum commodis invigilabant. Ideo institutum est, ut Consules ex inquisitione tutores darent. §.3.*h t.* Suetonius *in Claudio c.* 23. *sanxisse* eum, ait, *ut pupillis extra ordinem tutores a consulibus darentur.* Verba *extra ordinem* non eo referam, quod tutoris datio non sit ordinariæ jurisdictionis; nam hoc pridem ita fuerat; sed quod Lex Atilia non diserte a Claudio sit abrogata, verum consulibus juxta prætores & tribunos extraordinaria potestas sit data, ut ab his qui tutores peterent, tanquam diligentius inquisituri, possent adiri. Sed ut fieri amat, plenior & sublimior potestas, licet extraordinaria, veterem ordinariamque in neglectum deduxit; ac brevi ex antiquis legibus, ut habet textus *in d.*§.3.*tutores desierunt dari*, quæ juncta cum Suetonii verbis indicant, tacite, non expresse, legem Atiliam esse abrogatam. Fuit potestas consulum hac parte exercita tempore Plinii Secundi, ut ex *l.* 9. *ep.*13. liquet. Postea displicuerunt Consulares tutelæ, & jus hoc denuo ad Prætores, sed absque Tribunis, devolutum est, ex Constitutionibus Principum, *d.* §.3. cujus mutationis Capitolinus Marcum Philosophum auctorem tradit: *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cum ante tutores a Consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur.*

4. (d) Tandem sequitur, §. 4. *h. t. Sed hoc jure utimur*, quam constat formulam JCtis usitatam esse, quoties non ex jure expresso, sed indirecte aliquid receptum est. Unde colligi possit, novum dandi tutoris institutum, de quo in *hoc* §. non esse totum ex certa Lege, sed usu fori non sine Principum voluntate introductum: *Ut Romæ quidem Præfectus urbi vel Prætor*; in provinciis aliquando Præsides ipsi darent tutores, aliquando duumviri sive magistratus municipiorum jussu & imperio præsidum, illi, cum magnæ, hi cum modicæ pupillorum essent facultates. *d.*§.4. Inter utramque dationem hoc interest, quod Præsides inquisitionem adhibeant. *l.*21.§.5.&6.*de tutor. dat.* Duumviri satisdationem exigant, de qua mox *capite proprio* agetur. Diligentius hoc ordinavit Justinianus in §. 5. & *l.* 30. *C. de episc. aud.* Nam si facultates pupilli non excedant quingentos solidos, voluit Magistratum cujusque civitatis cum Episcopo tutores, exacta satisdatione, creare. Si locupletiores sint pupilli quingentariis, tunc, ut antea, Præsides ipsi cum inquisitione dabant. Solidum vulgus inter nos putat nummum sex *stuferorum*, æque Latine, quam obolum partem minimam *stuferi* vocant. cum ex Polybio & aliunde constet, obolum esse partem sextam denarii, id est, ipsum *stuferum*, Nam denarius Romanus & drach-

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. 4. (d) *Pos.* 5. 6.

(1) *Consule quoque de hac quæstione Ger. Noodt de jurisdict.* Lib. 1. Cap. 1. & Lib. 2. Cap. 1.

* Hodie quoque temporarius tutor, aut ob periculum in mora, curator ad litem constitui potest. *Dec. El.* 41.

Digitized by Google

drachma Attica nostrates fere sex *stuferos* æquant, quod ex rei monetariæ interpretibus, pretioque denariorum hodie passim extantium petendum. Solidus idem quod Aureus est, cujus crebra in libris nostris mentio, constans centum sestertiis, hoc est tribus nummis Imperialibus, cum maximus est, sed mutatione temporum valor sæpe imminutus fuit. Et tempore Justiniani valuit circiter sex Carolinos. Fora hodierna solidum Justiniani frequentius pro aureo Hungarico sive *ducato* * accipiunt, etiam in Frisia, teste Sandio *l* 5. *tit.* 1. *def.* 3. *in fin.* Denique, cum Reip. alia inter nos, quam Romanos sit ratio, non est mirum, tutoris dandi a Præsidibus, ** vel Duumviris, & consequenter facultatum discrimen evanuisse; nam ubique tutores a Magistratu per civitates & territoria indistincte creari videmus.

T I T. XXI.

De Auctoritate Tutorum.

I. Quid auctoritas, & quando habeat locum, aut cesset. II. Exceptio in hereditate. III. Forma interponendæ auctoritatis. IV. De Curatore ad litem.

(a) Officium tutoris duas præcipue partes habet, administrationem & auctoritatem. De administratione cum in *Inst.* nihil sit collocatum, id in Pandectas usque reservabimus. Auctoritas est *approbatio ejus, quod pupillus gerit, a tutore præsente in ipso negotio interposita.* Pupillum intellige majorem infantia, nam infanti tutor non fit auctor, sed agit pro illo. *l* 1. §. 2. *de admin. tut. l.* 9. *de Adquir. hered.* Sunt autem infantes, qui septennium non excesserunt. *d. l.* 1. §. 2. & *l.* 14 *de Sponsal.* Si tamen pupillus intelligat quod agit, potest ei auctoritas adhiberi *l.* 9. *de Adquir. hered. l.* 32. §. 2. *de Adquir. poss. l.* 3. *C. eod. tit.* Etiam vero pro majoribus infantia sæpe tutores occupant agere, sicut res fert, *d. l.* 1. §. 2. quod in primis hodie servatur, ut raro pupilli in rebus majoris momenti agant ipsi: quod & Curatores adversus adolescentes ita usurpant. Porro id quod agitur, aut est tale, ut nullum pupillo detrimentum adferre, nec nisi conditionem ejus meliorem facere possit, vel quod cum periculo damni sit conjunctum. Quæ prioris generis, ea pupillus major infantia, solus & sine tutore, cætera non nisi tutore auctore potest obire. *pr. I. de auctor. tut.* Ergo a promittente stipulari, *l.* 9. *pr. h. t.* donationem acceptare aut remissionem. *l.* 2. *de accept.* & ex causis lucrativis adquirere solus potest, *l.* 11. *de A. R. D.* quia nullus est metus, ne quid [illegible] detrimenti capiat [illegible] ex actu aliquo dammum consequi potest, aut si consequentia ejus sit onerosa pupillo, tunc necessaria est tutoris auctoritas. Exemplum hoc *pr.* in obligationibus, quæ reciprocas præstationes continent, ut est emptio venditio, locatio conductio & similes; tales contractus ex uno latere constant, ait Ulp. in *l.* 13. §. 29. *de action. emp.* Pupilli non obligantur insciis tutoribus, sed eos, qui secum contrahunt, obligatos habent. *in fin. huj. princ.* Pupillus potest istum compellere ad implendum contractum, si tutores ita expedire judicent, dum vicissim ipse præstanda præstet. Neque excipere potest alter, contractum esse ipso jure nullum; id enim in pupilli, non istius favorem introductum est. Dein, contractus pupillorum claudicare dicuntur, etiam quoad actionem, si contractus cum jure non posset, facto sit celebratus & in effectum deductus. Pupillus potest agere, si quid sua intersit, alter nunquam, licet pupillus mala fide sit versatus, nisi qua factus est locuple-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4.

* In Saxonia quoque Solidus Justinianeus pro aureo Hungarico non raro accipitur. Ita in insinuatione donationis, quæ 500. solidos excedit, ipsa *Constitutio Elect.* 12. *Part.* 2. §. *so aber verb. Ungarische Gulden.* solidos per aureos Hungaricos explicat. *l P.* 2. *C. El.* 12. ibique Carpz. *d.* 12. *n. ult.* & *eund. p.* 2. *C.* 32. *d.* 1. *n.* 7. Alias solidus Justinianeus ita taxatur, ut septuaginta duo libram auri constituant, *l.* 6. *C. de susc. præpos.* & *aro.* quæ idem est ac marca auri, *eine Marck lötiges Goldes*, unde valorem hodie agnoscere possit, quem habet florenus Misnicus, de qua computandi ratione, v. Wehner. *Obs. Pr. voc. Goldgulden. p.* 163. Solidus autem juris Saxonici, est pecunia minuta 12. nummos antiquos, s. 16. nummos novos Misnenses continens, & plerumque exprimitur per vocem *eines Schillings oder alten Silbergroschens.* Horum quindecim faciunt unam Sexagenam novam, s. 60. gross. *ein Neu Schock. v. Part. IV. C. El* 18. & 33. *I. R. l.* 3. *art.* 45. Conf. Richter. *Dec.* 2. *n.* 3. Carpz. *Quæst* 25. *n.* 75. 91. Berger *El. Crim. Cap.* 1. §. 12. *p* 23. Authæi *Collect. Monet. ad Cathol. Gelloss. p.* 16. Schubert. *d. corral. Sax. inj. incarc. prælt.* §. 6.

** Apud nos observari meretur discrimen Scriftsassios inter & Ambtsassios. Illis enim immediate a Principe tutor solet constitui, his a Magistratu competente, inferiorem licet Jurisdictionem habente, Schilt. *ad ff. Ex.* 37. §. 65.

pletior *l.* 5. *de Aut. tut.* Cæterum quatenus obligetur pupillus, naturaliter an civiliter, de eo mira est legum ἐναντιοφωνία & Interpretum dissensio, de qua est alius dicendi locus.

2. (b) Superior regula, quod lucrosa acquisitio pupilli sine tutore subsistat, in adquirenda hereditate fallit; quam etsi opulentam, non nisi tutoris auctoritate suscipere potest. §. 1. *h. t.* Ratio in textu redditur, *ne pupilli ullum damnum habeant*, si non potius legendum, *nec ullum*, ut hæc verba sint exegetica præcedentium, *quamvis lucrosa sit*, ut Theophilus & Cajus in *l.* 9. §. 3. *h. t.* habent. Sensus tamen vulgatæ ineptus non est, quod difficile nunimeque Puerilis judicii sit discernere, an hereditas sit lucrosa nec ne, sæpe grandi ære alieno, quod prius latebat, emergente. §. 5. *I. de her qual.* Genuina tamen ratio est, quia pupillus civiliter ex facto suo obligari nequit, *l.* 46. *de O & A.* heredesque adeundo creditoribus & legatariis obligari manifestum est *l.* 8. *in pr. de adquir. hered.* Quamvis autem ad alios actus curator dari solet, etiam impuberi, hic tamen tutore præcise opus est. Ratio est in *l.* 19. *de auctor. tut. Ad ea, quæ solemnitatem juris desiderant, explicanda, tutore auctore opus esse.* Cretio autem hereditatis, quæ olim erat in usu, maxime fuit solemnis aditio. Ulp. *tit.* 22. §. 27. *& seqq.* Brisson. *l.* 7. *formul.* Imo & simplex aditio ad actus legitimos pertinet, *l.* 77. *de R. J.* qui omnes solemnitatem juris desiderant. Cæterum, in possessione adquirenda simpliciter auctoritas tutoris superflua habetur, *l.* 1. §. 3. *l.* 32. §. 2. *de adquir. poss.* hactenus, ut commodum inde sentiat pupillus, non in ejus præjudicium, *d. l.* 32. §. 2. *& l.* 4. §. 2. *de usucap.*

3. (c) Formam interponendæ auctoritatis tradit Imp. in §. 2. ex *l.* 9. §. 5. *h. t.* quod debeat *statim & a præsente* tutore adhiberi. *Statim* explicatur per verba, *in ipso negotio*, quasi dum *statur* ad tractandum. Si tamen præsens tutor videat quid pupillus egerit, eoque peracto, immediate se hoc probare testetur, nihil est causæ, quo id minus subsistat. Nam probare est auctorem fieri, probari autem id demum videtur, quod est perfectum, non quod perficiendum & adhuc incertum, an & quale futurum sit. Ita capio *l.* 25. §. 4. *de Adq. her.* quæ nihil aliud vult, quam auctoritatem, quæ est approbatio, rem supponere peractam, secus ac jussus, qui rem futuram supponit, scilicet recens peractam, ut ita occurratur Scholio, quod subjectum est *positioni* 8. Denique post intervallum, aut per epistolam, vel per nuncium interposita, * nullius momenti est, quia exacte omnia cognosci & explorari debent. *h.* §. 2. *& d. l.* 9. §. 5. Ejus tamen, quocum agitur, absentia nihil nocet. Nam & per epistolam tractari potest cum pupillo; modo is consentiat, tutore præsente, *d. l.* 9. §. *ult.* etsi tacite. *l.* 13. *h. t.* Tutor non nisi clare locutus auctor habetur. *l.* 3. *eod.* Si corpore præsens, animo absens: ut si ebrius vel obdormiverit, nihil valet quod geritur, *l.* 14. *h.* nec mutum, nec surdum auctorare posse, res docet; at cœcus potest. *l.* 16. *h.* Tutori autem absenti recte solvi dicitur, quia hoc ad ipsius periculum solius pertinet. *l.* 14. §. 4. *de solut.* Est & tertium requisitum, ut auctoritas pure interponatur. in *l.* 8. *h. t.* Imo etsi conditionalis contractus fiat, tutor debet pure auctor fieri, *d. l.* 8. etiam vero libere, non invitus, *l.* 17. *h. t.*

4. (d) §. *ult.* difficultas explicatur, quid consilii, si inter tutorem pupillumque judicio agendum sit, quia ipse in rem suam auctor esse non potest, non magis quam quilibet testis aut judex in sua causa admittitur. *l.* 10. *de testam.* Et siquidem plures sint tutores, expedita res est, quia altero auctore cum altero agi potest. *l.* 1. *C. d. in lit. dand. tut.* Si unicus tutor, tum olim prætor Urbanus tutorem alium dabat ad judicium, *hoc* §. *&* Ulp. *tit.* 10. §. 24. hodie Curator in litem datur hoc casu, *h.* §. *f.* quia solennitas judiciorum, quæ antea tutorem præcise exigebat, *l.* 19. *h. t.* jure novo sublata est. *tit. C. de form. & imper subl.* Imo novissime hæc solicitudo supervacua videtur, quia vix est, ut quibus materia litis cum pupillo intercedit, ad tutelam admittantur, ut debitores & creditores pupillorum, vel si jam ante admissi fuerint, curator statim illis adjungitur, quo auctore tum lis, si opus, regi potest, *Nov.* 72. *c.* 1.

(b) *Pos.* 5. 6. (c) *Pos.* 7. 8. (d) *Pos.* 9.

* Idem ad Mulieris Curatorem in Saxonia applicant Carpz. *P.* 2. *C.* 15. *D.* 30. Moller. *ibid n.* 94. Berlich. *P.* 2. *Concl.* 17. *n.* 102. Phil. *Us. Pr. Inst. lib.* 3. *Ecl.* 13. *n.* 3. *j.* Berger. *Elect. Proc. Execut. tit.* 10. quoniam *P.* 2. *C. El.* 15. auctoritatem eos contractibus mulierum interponere jubeat, quæ non nisi a præsentibus possit præstari; Sed quia diversa est mulierum pupillorumque conditio, ac minorum quoque. Contractus, accedente ex intervallo Curatoris consensu, convalescit, præsentiam Curatoris mulieris in Curandæ Contractu, non existimavit precise esse necessariam *Fac. Jur. Lip. An.* 1702. *Mens. Jul.* Quam sententiam tuentur Sand. *l.* 2. *t.* 4. *d.* 3. Schmid. *ad Jus Bavar. Tom.* 2. *Tit.* 2. *art.* 16. *n.* 25. *j.* Schilt. *Ex.* 9. *th.* 39. *& Ex.* 10. *th.* 21.

c. 1. & 2. Non potest, inquam, Tutor in rem suam auctor fieri: unde nec res pupilli emere potest. *l.* 34. §. 7. *de contrah. empt.* quia tunc emptoris & venditoris officio fungeretur, contra *l.* 5. §. 2. *h. t.* Sed alio curatore adhibito non prohibetur, *d. l.* 5. §. 2. ut nec auctione publica, modo utrobique bona fides adsit, *l.* 5. *C. de contrah. empt.* & sic cape *l.* 56. *de adm. tut.*

TIT. XXII.

Quibus modis Tutela finitur.

I. Primus finiendi Tutelæ modus, pubertas. II. Capitis diminutio tutoris & pupilli. III. Mors utriusque. IV. Conditio vel tempus, &c. V. Quid finita tutela juris sit.

(a) Vidimus, quid, quotuplex, & quod officium sit tutelæ: sequuntur modi, quibus finitur. Et primo quoniam ad præsidium pupillaris ætatis inventa est, necesse erat, ea decursa, tutelam extingui. Igitur primus finiendi modus est, pubertas, *pr. I. quib. mod. tut. fin* ubi scribit Justinianus, *pubertatem veteres non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis æstimasse*, quæ & Prisci fuit opinio, teste Ulpiano *tit.* 11. *in fin.* qui sententiam Cassianorum de habitu, & Proculejanorum de annis conjunxerat. Sed quid Justiniano faciemus? Qui narrat, veteres circa habitum corporis solitos impudice πολυπραγμονεῖν; ut Teoph. *per indecoram observationem, inhonestam indagationem*, ut ait *l. ult. C. Quand. tut. desin.* Plerique per imperitiam moris & sermonis Latini a Triboniano id scriptum putant, cum nihil a gravitate Romana alienius videatur, nec vestigium hujus turpitudinis uspiam occurrat: Sane quod JCtus de aspectu corporis habet in *l.* 32. *de minor.* nihil est necesse de aspectu necessariæ partis, cum Cujacio in *paratit. C. si min. se maj. dix.* explicemus, cum ad externa vigoris & ætatis vestigia facile referri possit, ut in *l. 4. C. Qui test. fac.* Nos hac de re prolixe egimus in *lib. 3. Digress. c.* 13. *& seq.* (1) Quicquid sit, Justinianus generaliter ex annis 14. in maribus, 12. in feminis,* pubertatem æstimari voluit, *d. princ. & d. l. ult. C. Quand. tut. desin.* Quam tamen opinionem & olim prævaluisse, ideoque in juris abiisse observantiam, *ex l.* 2. *de vulg. & pup. subst. l.* 4. *de rit. nupt. l.* 5. *qui test. fac. poss.* Macrob. 7. *Saturn.* 7. & 1. *in somn. Scip* ubi, *Tutela pueris post bis septem annos absolvitur*, probari solet; ut dicendum videatur, Justinianum expressæ tantum sanctionis vim addidisse. Tempus completum ex naturali computatione intelligi, ut de nuptiis dictum, habetur *hic in princ.* Ita, ut a momento in momentum spectetur, nec ultimum attigisse diem sufficiat, *l.* 3. §. 3. *de minor.* quanquam luculentum Autorem Mynsingerum ad *hoc pr* contrarium scribere miror, ex §. 2. *d. l.* 3. ubi est, *initio inspecto*, quasi hæc verba ad computationem pertineant, ut primo adspectu liquet.

2. (b) Secundus, quo tutela finitur, modus, est capitis diminutio, tam pupilli, quam tutoris. Et quidem pupilli, omnis §. 1. *h. t.* ut maxima, si ab hoste sit captus, vel media, si deportatus, (intellige proximum pubertati, & delinquendi esse capacem pupillum, *l.* 111. *de R. J.*) vel denique si arrogatus, quia tunc patriæ potestati subjicitur & consequenter tutelæ subducitur, ut *alias dictum*; de tutoris maxima mediaque capitis diminutione idem procul dubio juris est, §. 4. *h. t.* non obstante *l.* 15. *de tut. & l.* 29. *de excus.* de quibus *ad ff. tit. de excus.* At minima capitis diminutio cum tutela consistere potest, quia filiosfam. & fieri & manere tutores, intelleximus *supr.* Sed ut legitimam *ibi* tutelam diximus filiisfam. deferri non posse, ita nec is, qui arrogatur, eam retinere poterat, quia desinebat proximus esse agnatus pupillo. §. *ult. I. de legit. agnat. tut.* Quod cum mutatum sit *N.* 118. *c.* 5. sequitur, ne legitimam quidem hodie per minimam capitis diminutionem tolli,** olim *intervertebantur*, id est, per consequentiam peribant, ait Paulus in *l.* 7. *de cap. dim.* cujus mendosum in *princ.* textum corrigit Cujac. & ex eo Gothofr. aliter alii.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 3.

(1) *Vide Viri ampliss. Corn. van Bynkershoeck Observ.* lib. 3. cap. 14.

* Conspirat hic Jus Sax. cum Jure Communi. Observari tamen meretur secundum Jus Saxon. Feudale per *Eckh. R. c.* 18. §. 26. pubertatem æstimari 13. ann. & 6. septimanis, v. Schilt: *ad Jus Alemann. Feud. c.* 10. §. 2. Philipp. *Us. Pract. L.* 1. *Ecl.* 86. *n.* 3. Carpz. *P.* 2. *C.* 11. *d.* 9. *& P.* 3. *C.* 29. *d.* 18. *n.* 2. unde Vasallus post annum 13. cum sex septimanis impletum, recte investituram petet, & ad Juramentum fidelitatis se offeret. vid. Schrader. *de feud. p.* 6. *c.* 2. *n.* 26.

** In Saxonia autem tutela agnatorum legitima minima capitis diminutione perire videtur, cum tutor per arrogationem agnationis jus potest amittere, *L. R. l.* 1. *a.* 23.

3. (c) Tertio, finitur tutela morte utriusque. §.3.*h.* Pupilli, quia ad tuendam ejus personam comparata est. Tutoris, quia personali respectu, vel sanguinis, vel aptitudinis, ad ipsum delata fuit, qui cessat in herede, *l.*16.§. 1. *de tut.* ubi sola legitima dicitur ad liberos perfectæ ætatis transire, non qua heredes, sed ut proximos agnatos. *l.*46.*π. fam. ercisc.* Quare nec de sua heres negligentia teneri dicitur in *l.* 4. §. 1. *de fidej. tut.* at conveniri potest heres ex dolo & lata tutoris culpa, non ex levi, *l.* 1. *C. de hered. tut.* quæ est exceptio a *l.*2.§. 2. *de V. O.* ubi *Conditio obligationis ex persona heredum non immutatur*. Porro, quamvis heres tutoris, tutor non est, tamen ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per illum, si legitimæ ætatis & masculus sit, explicari debent, ut tamen ultra dolum & latam culpam non teneatur. *l.*1 *pr. de fidej.tut.* * Unde sequitur, tutorem defuncto pupillo, etiam teneri inchoata explicare & conservare, ut de negotiorum gestore & socio tradit *l.* 21. §. 2. *de negot. gest.* Sed an & is tunc levis culpæ immunis est? Non videtur, ratio enim dispar ejus ab herede est. Quin & post pubertatem rationibus nondum redditis, quæ cœpta sunt, perficient tutores, quod de Curatoribus post perfectam ætatem monet *l.* 5. §. 6. *de admin. tut.*

4. (d) Quarto, tutela ad conditionem (*sub conditione* fuerat in prima editione positionum ἀκυρολόγως, ut recte advertit Scholiastes noster *Posit.*4.*h.t.* sed emendatum jam fuerat in editione sequente) vel certum tempus delata, existente conditione, vel die, finitur. §.2.& 5. *h.t.* In quo discrepat ab obligatione, cui finiendæ dies ipso jure adjici non potest, §. 3. *infr. de V.O.* Ratio est, in obligatione agitur de jure pleno, quod sua natura perpetuum, in alios transferendo; sed tutelæ natura temporaria est, pro defectu ætatis introducta. Quid si tutor cum alio pactus sit, ut is post certum tempus tutelam in se reciperet ac ipsum liberaret? Non valet pactio; ut judicatum in curia Frisiæ, teste Sandio *l.*2. *tit.* 9. *def.* 4. quia tutela certis modis finitur, *ait idem*, quos inter non est pactio. Adde, quia publicum munus est, cui privata pacta nihil derogant, *l.*38. *de Pact.* Postremo, cum removetur tutor, ut suspectus, finitur officium, item cum excusatur. Nam & tum finiri tutela dicitur, §.*ult.h.t.* etsi nulla administratio fuerit: quia cum jure tutela non valet, excusatio nulla proponitur, *l.*13. §. 12. *de excusat.* proinde ubi excusatio instituitur, ibi tutela præexistit; ideoque si desinat, eam finiri necesse est: quæ ratio sic valida satis est, ad occupandam objectionem, *quod excusatio potius præveniat, quam finiat Tutelam*.

SCHOLIUM.

Vide an non melius ad hanc objectionem responderi possit ex iis, quæ infra Auctor. tit. 25. *n.* 19.

RESPONSIO.

Intentio Scholii est, excusationem esse modum finiendi tutelam, quod attinet ad eos casus speciales, quibus Tutela vetus deponitur, quæ ratio hactenus recte se habet; nec tamen vetat, rationem a nobis adductam facere, ut excusatio generaliter sit modus finiendi tutelam, potius quam exceptis casibus duntaxat.

N. ADDIT.

Faciet utique, si constet, Imperatorem in d.§. ult. *tam duriore & parum concinna locutione generaliter excusationem dicere voluisse modum finiendi; jam vero loquitur in specie de iis, qui onus (scil. ulterius) administrandæ tutelæ deponunt. At quomodo deponere onus administrationis ille dici potest, qui numquam administravit?*

His modis adde, cum vitium animi vel corporis tutori supervenit, quod administrationem & auctoritatem impediat, ut si mutus aut surdus fiat, *l.* 1. §. 2. & 3. *de Tutel.* at cœcus, etsi non recte datur, *l.*3 *C. Qui dar. tut.* tamen non desinit esse tutor. *l.* 1⁶. *de auctorit.* Mente captus haud dubie tutelam amittit, non furiosus.

SCHOLIUM.

De hoc equidem nihil deprehendo in Legibus, sed Auctor eam affert rationem, quod mente captus nec possit dari Tutor. Hujus vero illam adducit supra, quod mente captus non resipiscat.

Ego nihil definio; præprimis, cum utramque adsertionem nullis legibus corroboratam deprehendam, & ultima Medicorum decisioni relinquenda sit.

RESPONSIO.

Hoc deprehendit Lector, citatas leges agere de furioso: At hunc a demente separant leges, l. 8. de Tutor. dat. l. 2. de Inoff. Nihil igitur opus, ut quod de furiosis dictum est, ad dementes extendatur; furiosus non desinit esse tutor, ob spem τοῦ ἀνανήψαι, resipiscendi, *ut supra ex Theophilo habuimus. In dementibus, qui innocenter*

(c) *Pos.* 2. (d) *Pos.* 4. 5. 6. 7.

* Cum enim contra regulam a tutore, nullam utilitatem ex tutela percipiente, levem culpam præstari placuerit, in herede illius ad regulam reverti, exacta saltem ab eo remissa diligentia, visum est. Atque ita *pron.* Fac. jur. Lipf. *Mens. Jul.* 1701. Menck. *Gymnas. Polem. Jur. Civ. D.* 11. *th.* 2.

center desipiunt, eam spem deficere solere, non tam obscurum est, ut sine medicorum suffragio id affirmare verendum sit. In jure sic habemus; mente captos esse genus, eosque vel furiosos, qui cæcitate quieta sed continua laborant, l. 25. C. de nupt. *junctis* d. l. 2. & d. l. 8. *Dementes etiam sæpe* mente capti *vocantur, ut fit, nomen generis ut alteri speciei tribuatur*, d. l. 25. 25. *quanquam mente captos aliquando remissius accipi, dicetur* in tit. seq. n. 7. *Notum est, Tutoribus ad tempus impeditis, addi Curatorem pupillo; sed, ubi perpetuum est impedimentum, dari Tutores; quod est argumentum, Tutores, quod erant, esse desiisse, quemadmodum probavimus*, ad tit. ff. de Tutor. dat. *nihil igitur scrupuli esse potest, quam ut differentia dementis & furiosi constet, quam satis evidenter demonstrasse videmur. Nam si is datur utiliter, ut dictum. quidni & maneat tutor? Sed perseverante furore, dabitur Curator*, L. 12. pr. de excus. tut.

N. Addit.

Nunquam negavi furorem & dementiam esse diversos morbos, ut adeo frustra Author se detineat in hujus propositionis numquam in dubium vocatæ probatione. Dubitavi saltem de duabus assertionibus Authoris: Scilicet, (1) *quod mente captus non possit dari tutor*, (2) *quæ prioris debet esse ratio, quod mente captus non resipiscat.* Dubitavi *inquam, non negavi, aut contrarium asserui. Unde me non ferit, quando dicitur, ea, quæ de furiosis dicuntur, non statim esse extendenda ad mente captos. Feriret, si asseruissem mente captum posse dari tutorem, quia furiosus dari potest. Sufficit, quod nec valeat argumentum Autoris. Furiosus dari potest tutor, ergo mente captus non potest, quia est alia dementiæ species, præprimis cum nunquam in jure quoad effectus furor & dementia secernantur. Imo nec in ipsis legibus, quas adducit Auctor, sc.* in d. l. 6. §. 1. de Tutor. dat. d. l. 2. de inoff. *Separant ibi leges furiosum a demente, in effectu comparant. Igitur omnis vis latet in probatione secundæ assertionis. qua ostensa facillime acquiesco. Sed hic nihil Autor, quam quod simpliciter contradicat: in dementibus, qui innocenter desipiunt, spem resipiscendi deficere, non tam obscurum esse, ut sine medicorum suffragio id affirmare verendum sit. Nam reliqua, quæ sequuntur, omnia hic nihil probant, nisi id, de quo non quæritur. Et si vero meum non sit contrarium probare, succurrit tamen præjudicium huc pertinens apud Carpzov.* prax. crimin. qu. 149. n. 40. verbis. So wird er wegen solcher begangenen und bekannten Nothzucht, mit dem Schwerdt vom leben zum Zode billig gestrafft, und mag dem Gefangenen solche zuerkannte Zodes. Straffe, dahero, dasz er vor 15. Jahren im Ropffe verruckt gewesen, (*i. e. fuit mente captus, non furiosus*) weil sonderlich darsieder an ihm dergleichen Beschwerung nich gespuret worden, (*vides ergo quod mente captus resipuerit*) nicht erlassen werden. *Cæterum fateor, mereri materiam de dementia & mentis capedine, ejusque quoad effectus juris a furore differentia, ulteriorem inquisitionem, & optandum esset, ut quis ea de re quid eruditi commentetur. Nam nec Zachias in quæstionibus medico-legalibus in omnibus hic satisfacit, nec qui forte alii de Dementia & Melancholia quid commentati sunt, a quibus sæpe sine causa vapulat miser Zachias. Puto, mente captorum varia genera omnino hic secernenda esse. Puto, dari mente captos, quibus ne quidem tutor dandus, ut si quis, cætera sanæ mentis, sibi imaginetur, se esse de butyro, de vitro confectum, se habere nasum tres ulnas a facie porrectum, & quæ sunt similia* *

5. (e) Atque hi sunt modi, quibus ipso jure tutela finitur. *arg. l. 1. de curat. fur.* Quod tamen non excludit tutoris officium admonendi pupillos, ut sibi petant curatores; alioqui neglectæ admonitionis ille tenebitur. *l. 5. §. 5. de administ. tut.* Ita, inquam, si pubertate finita sit tutela. Nam si excusatio, vel remotio suspecti a magistratu sit decreta, ipsius partes sunt alium dare tutorem. *L. 11. §. 1. & 2. de testam. tut.* In casu mortis, Legitima tutela transit ad agnatum, ut *modo dict.* De Testamentaria sic est; Siquidem alii ex eodem testamento supersint, tunc in locum unius demortui datur alius a magistratu, quia Legis ordo non obtinet nisi deficiente penitus testamentaria. Proin, nullo superstite, legitimus vocatur, *d. l. 11. §. pen. & ult.* ubi idem est in morte civili, dissentiente licet ibi Gothofredo; adde *l. 3. §. pen. de legit tut.* Nulla causa est, quare non idem, si conditionis, vel diei existentia finis tutelæ adferatur, statuendum sit. Nam si unicus, vel omnes ita tutores desierint, legitimus vocabitur; quod si alii supersint, cura magistratus erit alium surrogandi. *arg. d. l. 11. §. pen & ult.* Matre ad secunda vota transeunte, legitimæ, an dativæ tutelæ sit locus, sæpe disputatur. Pro dativa facit textus in *l. 2. in fin. C. Quand. mul. tut. off. vers. Quod si feminæ*, & memini, sic esse judicatum.

(e) *Jos.* 8. 9. 10.

* Conf. Thomas. *de præsumpt. furoris atque dementiæ, Diss. H.* 1719. *hab.*

TIT.

TIT. XXIII.

De Curatoribus.

I. Minores invitos apud Romanos non fuisse Curatoribus subiectos. II. Definitio Curæ & partitio tituli. III. Differentia tutelæ & Curæ. IV. Cur testamento non detur Curator. V. De cura furiosor. & prodig. VI. Dativa num hæc sit, an Legitima. VII. Cur L. XII. Tab. mente captis non dederit Curatorem. VIII. De Curatoribus qui pupillis dantur. IX. De actore dando.

POst pubertatem Romæ adolescentes, sumpta virili toga, in forum deductos gerendisque rebus admotos fuisse, *ad princ. tit. præc.* diximus, quo tempore in suam venisse tutelam, recipere tutelam suam dicebantur. *pr. 1. de pup. subst. l.* 39. *pr. eod.* Cicero *aliique passim*. Neque leges posthac gubernatores iis præficiebant. Si qui indiligentiores viderentur, his animum propinqui advertebant. Quia tamen infirmum est minoris ætatis consilium & multis captionibus suppositum, *l.* 1. *pr. de min.* ideo Prætor non tantum edixit, se restituturum minores in integrum, quoties lubrico ætatis capti essent, *tot. tit. de minor.* (quod beneficium *tutela minorum dicitur in d. l.* 1.) Verum ut illæsi potius servarentur, voluit minores sibi peterent curatores a magistratu, si modo vellent: cogi enim numquam potuerunt; minoribus * annorum desiderantibus dari solent Curatores, ait Papinianus in *l.* 13. §. 2. *de tut. & cur. dat.* ipsis consentientibus, nec aliter. *l.* 2. §. *pen. & ult. Qui pet. tut. vel curat. l.* 43. §. 3. *de Procur.* Sane multos sine curatoribus egisse, probat *l.* 7. §. 2. *de min.* ub. *curatoribus solvi, si sunt.* Et in *l.* 3. *C. de in integ. restit.* aperte minores, vel habere curatores, vel sine iis constituti dicuntur; quod si lascivirent & bona sua prodigerent, tunc plane invitis datum curatorem, ex §. 3. videbimus. (1) Consentaneum igitur moribus vetustis est, quod in §. 2. *I. de Curat.* habetur, *Inviti adolescentes curatores non accipiunt*. Proinde quod in *l.* 1. §. *ult. de minor.* scriptum est, *Nec ante rei suæ administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus* de his minoribus accipiendum erit, quibus semel datus est Curator, *qui rem suam recipere volunt*, ut explicatur in *l. seq.* Licet tamen veniam ætatis a principe impetrare, adolescentibus 20. puellis 18. annorum, si frugi esse probentur, *l.* 2. *C. de his, qui ven. et. imp.* maturius virginibus, quam maribus, nuptiarum exemplo.

2. (a) Definiri potest Cura; Potestas administrandi bona eorum, qui suis *rebus* ipsi superesse nequeunt; quibus verbis non modo curatores minorum, sed & furiosorum prodigorumque & pupillorum continentur. Nam de his tribus generibus agitur ordine in hoc titulo. Est & aliud quartum genus, qui ad res solas dantur, nec personas ullo modo spectant; ut sunt curatores bonorum, in quæ missio est facta, & curatores ventrum; de quibus hic nihil. Sed qui dantur ad res actusque certos, de his obiter meminit §. 2. Quæ præterea sunt in *tribus primis positionibus*, de his *ad tit. ff. de Tutel.* videbimus.

3. (b) Possunt hinc etiam colligi pleræque convenientiæ & discrepantiæ tutelæ atque curæ. Conveniunt in his. Utraque publicum munus est, necessario his, quibus defertur, suscipiendum. Utraque defertur per eosdem Magistratus, in loco vel patrimonii vel paternæ originis vel domicilii. *l. un. C. ubi pet. tut. vel cur.* Utraque in eorum gratiam, qui se suaque ipsi regere non possunt, inventa. In utraque locum habet Satisdatio, Excusatio & Accusatio suspecti, de quibus *infra*. Sed discrepantiæ sunt insigniores; Tutela pupillos, cura puberes complectitur. Tutela ex L. XII. Tab. cura moribus, aut a D. Marco stabilita. Tutela primo est Testamentaria, dein Legitima agnatorum. Cura nunquam Testamentaria, nunquam Legitima, nisi in prodigis & furiosis. Tutor datur, seu velint, seu nolint, pupillis; curator desiderantibus adultis. Tutor datur personis directe, rebus per consequentiam; Curator rebus directe; personis consequenter. Tutor certæ causæ dari nequit, potest Curator. Tutorem habenti non datur tutor, sæpe Curator.

(a) *Pos.* 1. 2. & 6. (b) *Pos.* 7. & *seqq.*

(1) *Vide quæ de hac quæstione, an invitis adolescentibus curator detur, erudite scripsit* Hein. in Elem. jur. ad *h. t.* §. §. CCLXXI. & CCLXXII & in Addit. ad Vinn. §. 2. Inst. h. t.

* Extendit se vero minorennitas Jure Civili usque ad ann. 25. *pr. I. h. de Curat.* sed Jure Saxon. usque ad ann. 21. *Lehn-R. c.* 26. Carpz. P. 2. *C.* 11. *D.* 4. Schilter. *ad ff. Ex.* 11. *th.* 27. *Coler. De.* 19. *n.* 4.

tor. Tutor ante finem tutelæ non tenetur: Curator adhuc perseverante cura, convenitur. *l.* 16. §. 1. *de tut. & rat. distr.* (c) Hæ differentiæ sunt juris Romani propriæ. Nam mores hodierni discrimen tutelæ & curæ, impuberum atque minorum ignorant, ut testantur Gail. 2. *obs.* 96. *n.* 1. Grot. *manud. c.* 6. quanquam apud Frisios hoc discrimen omnino * sublatum esse, non ausim adfirmare. Utimur quidem indistincte vocabulis, *Minderjarige*, *Onmondige*, *Voormonder*, sed & Græci tam pupillos quam adultos vocant ἀφήλικας, tam Tutores quam Curatores κηδεμόνας, nec tamen ideo Græca jurisprudentia hac parte a Latina discrepat. Quin a Curia nostra judicatum reperio, eum, qui Tutor fuerat & administrationem continuaverat, absque nova confirmatione Magistratus pro curationis officio, non habuisse jus Curatoris in impediendis pupillæ nuptiis, quemadmodum hoc lege datur Curatoribus. Sic placuit, *in de Sake van Frans Jacobs de Fries tegen Doct. Martinus Wybinga anno* 1619. Insigni argumento ejus quod dixi, jure nostro etiamnum tutelæ curæque discrimen habere locum; dix. latius in *collatione, quæ est in Auspic. Domest. pag.* 81.

4. (d) Dantur autem Curatores ab iisdem Magistratibus, ait Imp. a quibus & tutores, §. 1. *h. t.* sed cum hoc discrimine, quod tutores petantur ab aliis, curatores non nisi ab ipsis minoribus, *ut dictum*. Sed *curator testamento non datur*, ait iterum Imp. quia testamentariam dationem XII. Tabulæ statuunt, quæ curam ignorant; quia Testamentaria datio jure facta invitos obstringit, curator non datur invitis; quia pater non potest de rebus filii disponere in id tempus, quo sui juris & testamenti factionis capax futurus est, unde nec pupillaris substitutio puberi potest fieri. §. 8. *I. de pup. subst.* Datus tamen testamento curator decreto Prætoris confirmatur, *d.* §. 1. quod argumento est, dationem ipso jure non valere. *per l.* 1. *de confirm. tut.* Confirmationis effectus est, ut curatori necessitas imponatur, non æque ut adolescens cogatur; (e) quia, ut abunde probatum, inviitis non datur curator, §. 2. *h. præterquam in litem*, ait textus. Igitur minores, si judicio contendere velint, curatorem ad litem eligere coguntur; alioqui exceptione removentur, quod legitimam personam standi in judicio non habeant. *l.* 2. *C. qui leg. pers. st. in jud.* Ratio est, ne adolescentes judicia prætextu læsionis per beneficium restitutionis in integrum facile rescinderent, & sic adversarios sumptibus gravatos eluderent. Quanquam enim Restitutio ne quidem; si Curatorem habentes sint læsi, negatur, *l.* 2. & 3. *C. si tut. vel cur. interven.* id tamen, *cognita scilicet causa*, fit, *l. ult. de rest. in int.* neque enim læsio facile tunc præsumitur, nec crebro concedi solet restitutio, quia in hunc finem dantur Curatores, ut causæ minoribus integræ potius maneant, quam legis remedium quæratur. Hæc res docet generaliter, quoties minori cum alio negotium intercedit, a quo potest restitui, si id procedere velit, eum posse ab altero compelli ad curatorem adhibendum, *l.* 7. §. 2. *de minor.* ubi exemplo solutionis rem declarat. **

5. (f) Diximus, Curationem non esse Legitimam, neque agnatis deferri, exceptis furiosis & prodigis, quos Lex XII. Tab. in potestate agnatorum gentiliumque esse voluit. §. 3. Verba recitat Cic. 2. *de invent. Si furiosus existat, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*; si puberes, inquam, sint; nam impuberes furiosi Tutores accipiunt. *l.* 3. *pr. de tut.* Furiosi qui sint, per se patet; nempe animi quadam rabie agitati. Prodigos dicimus, quibus ob luxuriam & sumptus insanos, bonis interdictum est. *l.* 1. & 10. *de cur. fur.* Hi cum furiosis passim comparantur, quia furiosorum exitum quod ad bona patiuntur, ut D. Pius loquitur in *l.* 12. §. 2. *de tut. dat.* Etsi enim, *ut idem*, ex sermonibus mentis compotes videantur, tamen revera *sui* non sunt, ut de furiosis ait *l.* 7. §. 9. *quib. ex caus. in poss.* hoc est, sui non compotes, sed libidinibus serviunt. *Exisse ex potestate dicimus eos, qui effrenati feruntur libidine*, ait Cic. 3. *Tusc.* quia non *in potestate mentis*, ideoque *insani* appellantur. Moraliter sola quidem luxuria Prodigum constituit, sed quia facti res est & incertum quoad usque morum insania processerit & magna est ejus rei latitudo, cum & multi ad tempus in transversum acti, brevi in rectam se revocent viam, cognitio Magistratus adhibenda est; qui, si insanabilem reperiat, bonis interdicit, ea, quæ apud Paulum est, formula. *l.* 3. *tit.* 4. §. 7. *Quando tua bona paterna avitaque nequitia tua* di-

(c) *Pos.* 18. (d) *Pos.* 8. 9. (e) *Pos.* 12. (f) *Pos.* 19. & *seqq.*

* Nec aliud de Jure Saxonico dici potest, unde qui tutoris munus gessit, a Cura excusationem etiam in Saxonia habet. vid. Carpz. P. 2. C. 11. D. 10. conf. tamen Schilter. *ad ff. Exerc.* 30. *th.* 81.

** Hodie indistincte minores inviti curatores accipere debent, per *R. I. d. a.* 1577. *t.* 32. §. 1. quod etiam in Saxonia obtinet.

Digitized by Google

disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis,
ob eam rem tibi ea re (vel ære) commercioque
interdico. Juridice igitur, duo in prodigo re-
quiruntur, effrenes sumptus, & prohibitio
Magistratus. Quæ ubi facta non est, valent quæ
a profusissimo quoque geruntur, ut de tuto-
re aperte prodigo, si Prætori obreptum sit ei-
que non interdixerit, indicatur *l*.55. § *ult. de ad-*
ministr. tut. adde *l*.8. *Pro emptore*. Nec potest
esse verum, quod aliqui volunt, prodigis *ipso*
jure bonis interdici, non facto. Secus expresse in
L. 10 *pr. de cur. fur ubi nihil transfe re possunt.*
non quia luxuriosi, sed ob interdictum; quod
facti esse, probat *l*. 15. *eodem*, *Interdici potest.*
item *l*. 27. *pr. de minor.* ut *debeat* interdici.
Quin diserte per Prætorem id fieri dicitur. *d.*
L.10. Et res clara est, non potuisse id sine officio
magistratus explicari: adeo ut quid sibi velint
nesciam, qui hoc negant, quos inter Fachin.2.
contr. 63. qui meliores multo rationes pro ea,
quam improbat, quam sua sententia, profert.
An si prodigo *Lege* bonis interdicitur, *l*. 18.
Qui test. fac. id est secundum legem XII. Tab.
h. §.3. ideo ministerium Magistratus excludi-
tur? Quasi non & alias Tutores *Lege* Atilia
& tamen a Magistratu dentur. Eadem ratione
prodigus non potest pro tali desinere haberi,
nec Curæ suæ restitui, nisi magistratus cogno-
verit eum frugi factum, & decreverit esse re-
stituendum. Quomodo enim res incertissimi
facti immediate a Lege decerni posset? Plu-
sculum hic scrupuli movet *l*. 1. *de cur. fur*. *Ubi*
qui sanos mores receperit, *ipso jure*, desinit
esse in potestate Curatorum. Quid si ita? An
aliquis fit, vel desierit esse prodigus, id facti est,
& cognitionem postulat; sed decreto interpo-
sito, tunc immediata vi Legis curatio ad A-
gnatos pertinet, ut de legitima tutela dictum;
cognito frugi esse, tunc in continenti curatio
finitur; nisi respondere malis, verba *ipso jure*
in *d l*.1. id velle, quod, ubi constat, eum recta
mores via instituere, necessaria vi Legis; quæ
pro arbitrio magistratus mutari nequeat, Cura
sit abroganda. Cæterum furiosi habent inter-
valla, vel obscura & brevia, vel perspicua &
longiora. De prioribus elegantissime Celsus in
l.18.§.1. *de adq. poss*. *Si forte in conspectu inum-*
bratæ quietis fuit constitutus, cum furor lan-
guet magis quam intermittit; & tunc nihil recte
agunt, ut *idem*: sed *remissione* longiori & *dilu-*
cidis intervallis, non modo testamentum con-
dere, *l*. 2. *C. Qui test. fac.* sed omnia gerere

potest ὡσανεὶ σωφρῶν, *tanquam sapiens*; nam
etsi curator interim maneat, administratio ta-
men & auctoritas ejus cessat ἐν τῷ καιρῷ ἀπο-
λειμμάτων, *tempore intervallorum*, ut Justinia-
nus decidit in *l*. 6. *C. de cur. fur.* Idemne in
prodigis, ubi ad tempus sibi temperant? Etsi
cum furiosis conferri soleant, hic tamen alia
ratio videtur, quia luxuria ad breve dissimula-
tur, furor simulari forte, at dissimulari nun-
quam potest. Intermissio se ipsam ostendit, nec
fallit in furioso, contra quam in prodigo; qui
idcirco post interdictionem nihil transferre po-
test ullo tempore. *l*. 10. *de cur fur.*

6. (g) *Furiosi & prodigi*, habet textus §. 3.
in curatione sunt agnatorum, ex L. XII. Tab.
Sed *solent Romæ Pr. V. vel Prætt. & in provin-*
ciis Præss. eis dare curatores. Quod communi-
ter ita intelligunt, ut magistratus tum demum
Curatores dent, cum agnati sunt nulli, vel in-
habiles. *arg*. *l*.13. *de cur fur*. Sed vereor, ut hic
textus & *l*.1. *d t*. eam explicationem recipiant.
Cura est *agnatorum ex* L. XII. *Tab*. ait hic §. 3.
Sed, nota adversativam particulam, *solent Ro-*
mæ &c. Ergo solet aliter fieri, quam olim ex
Lege. Clarius in *d. l*.1. ubi, *Leg. XII. &c. Sed*
solent hodie Prætores vel Præsides curatorem da-
re. Nota *Lege XII*. id est, *olim*; rursus, sed
hodie; manifesta oppositio. Plane Ulpianus do-
cet, ab initio *moribus* curatorem dari solitum,
hoc a decemviris in XII. tabulas relatum, po-
stremo dationem denuo invaluisse moribus.
Proinde illis adsenserim, qui hodie omnes cu-
ratores, etiam hos, censent dativos esse. Ideo
& titulo de *Tutoribus datis*, agitur de curatori-
bus prodigorum *l*. 12. non in titulo *de Legiti-*
mis. Nempe eodem tempore, quo magistratus
bonis interdicebat, dare consuevit & curato-
rem. Imo & furiosis, ubi interdicto opus non
erat, datus fuit curator, *l*. 8. §. *ult. de tut. dat.*
non modo si agnati deficerent, verum semper.
Ratio enim, quæ causæ cognitionem adhibere
Prætorem jubet in *l*.6. *de curat fur* perpetua est:
quoniam plerique vel furorem vel dementiam fin-
gunt, quo magis, curatore accepto, onera civi-
lia detractent. Hoc scopo lex se frustraretur,
si immediate, inscio magistratu, Agnati voca-
rentur. Nulli igitur sunt Legitimi Curatores
directe & necessario; sed tamen Prætor non
solet agnatos temere præterire, si habiles fue-
rint, quos hactenus *legitimos* vocare licet, quia
lex eos Prætori monstrat; sic cape *d. l*. 12.
Etiam Filius Patri furioso curator recte datur,
quod

(g) *Pos*. 24.

quod veteres negabant, quasi indecorum esset, patrem a filio regi. Sed D. Pius eximit hunc scrupulum, *l.*12. §. 1. *de tut. dat.* quia inter furiosum utique & infantem nihil interest. Sed & in prodigo Patre idem juris esse, Rescriptum Pii & *l.*1. §.*ult.de cur. fur.* indicant. Præstat enim, bona per filium, si is tam probus sit, quam extraneum regi, & egregie Ulpianus *l.* 4. *d. t.* non esse *hoc regimen potestatis quam pietatis*, ratiocinatur.

7. (h) Furor & dementia differunt, in *l.*8.*de tut. dat.* ut furiosi & dementes, *l.*2.*de inoff.* vel mente capti. §.3. & 4. *h. t.* Est quidem furiosus etiam demens & in eo conveniunt, quod neuter sanæ mentis sit. *d. l.* 2. Sed hoc peculiare habent, quod furiosus rabie animi agitetur, sæpe cum intervallis; mente captus cœcitate quieta sed continua laboret. De furiosis lege XII. Tab. cautum fuit, de mente captis nihil; quibus dari curatores a Magistratu sine legis mentione dicuntur. §. 4. *h.* Quæ si ita sunt, miror causam ab interpretibus non reddi, cur Lex Agnatos non æque mente captis, quam furiosis præfecerit, cum ratio utrobique sit eadem, mentis in utroque cœcitas & spes successionis. Nos *lib.* 3. *Digression. c.*18. probavimus, Decemviros per furiosos intelligere omnes qui nullum rationis usum habent, sed in omnibus errant, ad omnia cœcutiunt; insanos autem, qui non sunt integræ mentis constituti, qui ad officia & cultum communis vitæ mediocriter sufficiunt. Et sic ratio potest reddi, cur mente captis Curator non sit datus, sed perinde ut mutus & surdus, Magistratui relinquantur. Opus enim est cognitione, an non ipse, qui male sanus dicitur, qualitercumque suis rebus sufficiat. Nam ejusmodi homines, qui habent aliquem sensum, licet debilem & imminutum, posse testamentum condere, & matrimonium inire, Sandius noster multa auctoritate & præjudiciis confirmat. *lib.*2. *tit.* 1. *def. ult.* Idem de mutis, surdis & perpetuo morbo afflictis judicandum; quibus non promiscue obtruditur Curator, §. 4. cum non desint ita affecti, qui sine Curatore suis rebus superesse possunt, atque incivile est dicere, hos cogi ad accipiendum Rectorem, sed, ut de minoribus antea dictum, desiderantibus curatio decernenda. In favorem eorum receptum est, ut Curatores qui dantur, ad eos se applicare cogantur, idemque in odium & gravamen minime trahendum. *vid. l.* 65. §. 3. *ad Sc. Trebell.* Cœcis vero nusquam legitur Curator dari; quoniam hi non æque res suas administrare impediuntur, quam muti & surdi. Præcipuum vitæ humanæ & commercii instrumentum est sermo, cujus facultate cœci fruuntur. Unde hi creberrimum stipulationis contractum recte celebrant, non muti surdique. §. 7. *I. de inutil. stip.* Adde, quod mutos & surdos sæpe quædam judicii infirmitas & hebetudo comitatur, in cœcis intentior fere acrimonia observetur, ut multis Cicero probat 5. *Tuscul. sub finem*, ubi Democritus luminibus amissis, *impediri etiam animi aciem adspectu oculorum*, prædicabat.

8. (i) Sequitur Tertium genus Curatorum, *qui pupillis dantur*; quod duobus casibus in §.5. *h. t.* fieri dicitur; si tutores, quos habent, non sint idonei, vel si pro tempore excusati fuerint. Inidonei autem sunt, vel ob culpam tantum, vel etiam ob dolum. Legitimo Tutori indistincte Curator adjungitur. Testamentario & dativo, si ob culpam solam inepti sint; nam fraudulenti removentur cum infamia, §.6.*I. de suspect. tut.* quod in legitimum non decernitur. *l.*9. *D. eod.* In textu utrobique est, *non idoneus*, Theoph. eleganter de legitimo, ἐὰν ὀυκ ἀξιόπιςος, *si non est fide dignus*, de reliquis, εἰ ἀναρμόδιός ἐστι πρὸς διοίκησιν, *si ineptus ad administrandum sit.* Secundus casus est, cum tutor jam constitutus, ad tempus excusatur, ut si Reipubl. causa abesse inceperit. §.2. *I. de excus.* Nam quia non nisi ab administratione excusatur, ac vere tutor manet, alteri tutori locus non fit, propter regulam juris antiquam; *Habenti tutorem tutor dari non potest*; quod hic & *l.*27.*de test.tut.* inculcatur, ut & recentiori jure, *l.*9. *C. qui dar. tut. l.*9. *C. qui pet. tut.* Enimvero posse eodem tempore plures uni tutores dari, id dubio caret. *l.* 23. *de tut.* & *cur. dat.* De ratione hujus regulæ disputavimus *lib.* 3. *Digress. cap.* 19. Cæterum Interpretes tot exceptiones hujus regulæ collegerunt, ut verendum sit, ne non ipsam regulam absorbeant, ac prope melius dici videatur; Tutorem habenti aliquando Tutorem, aliquando Curatorem dari. Tamen nihil mutandum, & multæ ut exceptiones proferuntur, quæ non sunt, ut probatum videbitis *ad tit. ff. de Tutor. dat.*

9. (k) Porro cum tutor morbo aliave necessitate ita coarctatus est, ut tutelæ satis intentus esse nequeat, potest Actorem constituere ex decreto quidem Magistratus, sed proprio periculo; cum curator sine ejus voluntate datus, ipse

(h) *Pos.* 25. & *seqq.* (i) *Pos.* 28. (k) *Pos.* 29.

Digitized by Google

ipse satisdet. §. *ult. de curat.* Rerum domini mandant res suas Procuratoribus *l.* 1. *de Procur.* sed quia Tutor dominus non est, licet domini loco, *l.* 27. *de administ.* ideo is, cui mandat vices suas, vim Procuratoris quidem obtinet, sed nomine Actoris distinguitur. Verum pupillus, si præsens sit & fandi potens, auctore tutore, utpote dominus, procuratorem recte constituit; imo & ipse Tutor procuratorem in judicio facere potest, modo litem primo sit contestatus, quia tunc Dominus est litis; hæc sunt in *l.* 11. *C. de Proc.* Adde quæ dicentur *ad tit. ff. de Tutel.*

T I T. XXIV.

De Satisdatione Tutorum.

I. De satisdatione Tutorum, & quinam regulariter satisdent. II. Quinam extra ordinem, ubi & de Administratoribus. III. De actione subsidiaria, & adversus quos Magistratus detur.

(a) Romanis legibus magna cura provisum est, ut omni modo pupilli indemnes præstarentur; non est enim de nihilo, quod Cæsar ait, in *N.* 72. *c.* 6. Τὰ τῶν κηδεμονίων ἀσεβῶς εἰς ἑαυτοὺς τρίψαι, *Res pupillorum impie in se vertere*, τὸ πρᾶγμα ἐράσμιόν τε καὶ ἐπίδρομον, id *rem* vocat *amabilem & appetibilem*. Ideo non tantum actio personalis in tutorem, finito officio datur, de qua *dictum*, sed & tutores atque Curatores *satisdare* coguntur. *tit. Inst. de satisd. tut.* Id est, datis fidejussoribus, pupillum facere securum. *l.* 1. *Qui satisd. cog.* Pupillus stipulatur rem suam fore salvam a Tutore, per se, cum fari potest, vel servum proprium aut publicum. *l.* 2. *ff. rem pup.* Tutor id spondet, ac fidejussores addit, ut, si eveniat ipsum desinere esse solvendo, damnum pupillo ab his sarciatur. Præter quam satisdationem hodie insuper juramento tutores adstringuntur. *Auth. Quod nunc. C. de cur. fur. ex N.* 72. *c. ult.* Officium exigendi satisdationem, Magistratibus incumbit minoribus, per municipia duumviris, Romæ scribis. *l. ult. C. de magist. conven.* Majores, ut Prætor & Præses, non dant Tutores cum satisdatione, §. *ult. h. t.* sed ex inquisitione, qua recte adhibita, vix periculum est, ne tutor male se gerat. In Curatoribus igitur, quoad satisdationem, est simplex distinctio. Quos dant majores magistratus, hi non satisdant, sed qui a minoribus dantur, omnino. In Tutoribus triplex discrimen est. Legitimi satisdant semper, Testamentarii numquam, quia paterno judicio idonei creduntur electi. *l.* 7. §. 5. *C. de cur. fur.* In dativis eadem est differentia, quæ in Curatoribus: dati per majores magistratus sunt liberi a satisdando, quia inquisitio instar paterni judicii est, & pro vinculo cedit cautionis, *l.* 13. *in fin. de tut. dat.* dati a minoribus omnes satisdant. *in princ. I. h. t.* Etiam in his distinguendum, qui testamento, non jure dantur, qui vel a patre sunt, vel ab alio. Qui a patre, pro testamentariis hac parte habentur, *l.* 3. *de confirm. tut.* qui ab extraneo, pro dativis, *l.* 5. *eod.* quam alii graviter obstare *l.* 3. scribunt, cum nihil sit planius. Ergo hi a majoribus confirmati, inquisitionem requirunt; a minoribus, fidejussorem præstant. *d. l.* 5. In summa, pars dimidia fere satisdat.

2. (b) Est tamen casus quo testamentarii quoque & ex inquisitione dati satisdant; videlicet, si plures sint dati, & unus ex illis Administratorem se offerat. §. 1. *h. t.* Nam inutile habetur, ut per multos tutela spargatur, quod fere negligentiam & confusionem parit. *l.* 3. §. 6. *de administr. tut.* Ideo si modica sit tutela, uni administratio defertur, reliqui sunt quasi honorarii & inspectores. *d. l.* 3. §. 2. Si diffusa; divisio instituitur. Cum unus sufficit, primus locus ei datur qui se offert, sic tamen ut reliquis optionem deferat, si quis eorum sit paratus: tum qui primus est locutus, cedere debet, ne se ingerere videatur. *Primus* igitur est, qui provocatur. *Secundus*, qui ultro se obtulit, & hi omnimode satisdare majoremque cæteris *diligentiam* adhibere debent, adeoque levissimam præstare culpam. *l.* 53. §. 3. *de furt.* Nemine offerente se, *tertio* loco vocatur is, qui a Testatore Administrator designatus est, merito enim Patris statur voluntate, nisi Prætor id inconsultum reperiet. *d. l.* 3. §. 1. & 3. Commodum autem satisdationis efficit, ut offerentibus se Testamentarius postponatur. Si nullus Testamento nominatus sit, *quartus* ordo est ejus,

(a) *Pos.* 1. *& seqq.* (b) *Pos.* 7. *& seqq.*

Digitized by Google

ejus, qui a majori tutorum parte eligitur. *d.l.*3. §. 7. Cum nec hi convenire possunt, *quinto* Prætor administratorem constituit. De sorte, quæ crebro in talibus adhibetur, nihil proditum, & merito, quia de suo quisque patrimonio potest quidem sorte decidere; at pupilli utilitatem ancipiti eventu definiri, non expedit. Quod si electo a Prætore contutores diffidant, non est postulandum, ut succedanei alieno periculo esse velint, (tenentur enim, si male administrantem suspectum non dixerint) sed permittendum, ut omnes potius simul administrent, *d. l.*3. §. *pen.* vel dividatur Tutela, §. *f. d. l.* id est, administratio per genera negotiorum, vel per vices temporum, aut regiones patrimonii distribuatur. *tit. C. de divid. tut.*

3. (c) Si nec tutorum nec fidejussorum bona sufficiant, ultimum pupillis subsidium contra Magistratus comparatum est, Actione, quæ ex re, *Subsidiaria* dicitur, non modo propterea, quod nullos exegerint, sed si nec idoneos exegerint fidejussores; §. 2. *h. t.* de quo si dubitetur, probandum a Magistratu, quod cum darentur, idonei fuerint. *l.* 1. §. 13. *de magistr. conv.* Quamdiu autem tutorum aut fidejussorum vel unus superest excutiendus, ad magistratum perveniri nequit. *l.* 4. *C. eod.* Quod est igitur in *l.* 1. §. 15. *de tut. & rat.* abrupte scriptum, *ad contutores non venitur*, sed *prius ad magistratus*, de contutoribus intelligendum, qui divisam a Testatore, vel a Judice tutelam habent, nec tenentur, nisi de neglecta accusatione suspecti. *d. l.* §. 15. *& l.* 2. *C. de divid. tut.* Divisionis beneficium, nisi in dolo sint, exemplo tutorum habent, *l.* 7. *de magistr. conven.* & heredes ex lata, non levi culpa relinquunt obligatos, perinde ut Tutores. *l.*2. *C. d.t.* Cæterum, non dari hanc actionem contra majores magistratus, sed eos, qui satisdationem exigere solent, per se liquet, & est *in* §. *ult. h. t.* Nam cujus plane ab officio aliena est cura satisdationis, is propter neglectum ejus argui non potest. Cogere tamen invitum tutorem ad satisdandum, quod fit *captis pignoribus*, §. 3. *h.t.* major magistratus debet, qui cum imperio est; his enim solis competit executio; & modica coërcitio, *l. ult.* §. 1. *de off. ej. cui mand.* ut pignora capere, corpus detinere, mulctam dicere. *l.* 3. *C. de susp tut. d.* (d) Moribus sæculi satisdationes partim sunt necessariæ & perpetuæ, partim arbitrariæ. In Germania * perpetuas esse, testatur Mynsing. *ad princ. Inst. h. t.* ubi citat *part.* 2. *Recess. Imp. tit. de pupillis*. Hunc contra e diametro A. Matth. *ad d. princ.* nullum satisdationis usum in Imp. Rom. superesse affirmat, sed jurare tutores, quod sancitum ait Aug. Vind. anno 1548, hoc tum scil. ignoravit Mynsing. qui ad Institut. scripsit anno 1533. Alibi satisdationes sunt, ut dictum, arbitrariæ, Grot. 1. *manud.* 9. *pr.* alibi insuitatæ, sufficiente juramento, nisi tutor obæratus vel suspectus sit Sand. *l.* 2. *tit.* 9. *defin.* 9. De moribus aliorum vide Voet. *ad* §. *ult. h. t. n.* 3. & Scholiasten nostrum ad *Posit. pen. h. t.* qui sic ait:

SCHOLIUM.

Non tamen nostris, scilicet moribus, obsolevit actio subsidiaria, Phil. Ecl. 89. ex Carpz. p. 2. c. 11. d. 41.

RESPONSIO.

Sed neque nostris moribus, quatenus satisdatio adhuc requiritur, ** *ut est apud* Sand. d. loc.

N. ADDIT.

Habes hic exemplum, quod non semper ea vel fide vel diligentia adhibita scholia nostra inseruerit prælectionibus Autor, quam a tam erudito & ingenuo viro, qualem Autor alias se exhibere solitus fuit, expectabatur. Ita concepta est positio 16. ad h. t. Actio vero subsidiaria; quæ dabatur in Magistratus minores ex eo, quod non exegerant fidejussores, vel saltem non idoneos, moribus hodiernis omnino cessat. *Ad istam Positionem Scholion meum*: Non tamen nostris. *Ad hoc Scholion responsio Autoris*: Sed neque nostris moribus, quatenus satisdatio adhuc requiritur. *Quid hoc est? Cur status controversiæ mutatur? Cur cum sibi ipsi Autor contradicat, Scholion meum ita proponitur, ac si ad illud pertineat responsio, ac si ego non intellexissem, qua de re ageretur? Ut tamen nihil dissimulem, quid jam sentiam, puto, Scholium meum sic emendandum*

(c) *Pos.* 16. & 17. (d) *Pos.* 15.

* Usus Saxoniæ satisdationis necessitatem remisit. Nam sicuti tutores, proximi heredes pupilli, ab ea per textum *des Land-R.* L. I. *art.* 23. liberantur. Schilt. *ad ff. l. c.* §. 90. Ita nec a testamentariis vel dativis cautio exigi solet, teste Carpzovio *L.* 5. *Resp.* 82. *n.* 14.

** Imo licet apud nos satisdationem amplius a tutoribus non exigant, tamen actio subsidiaria non plane cessat. vid. Hop. *in Us. Hod. ad* § 3. *I. h.* Carpz. *p.* 2. *C.* 11. *d.* 41. Schilter. *Ex.* 37. *th.* 200. Conf. *Rescriptum Joh. Georg.* 2. *El. Sax.* 1652. *v. propter periculum subsidiariæ actionis, welche denen unmundigen auf solchen Fall wieder denselben als den Magistrat und Ober-Vormunden zustehen, Leipzig.* Statuta p. 263. Fac. Dec. El. 41.

dum esse. Non prohibitum esse hodie, ne quis actionem subsidiariam instituat, vix tamen eam institui, adeoque rara ejus exempla ostendi posse. Non alienum erit, hic ea adscribere, quæ dictavi in lectionibus publicis ad Institutiones Justiniani. Moribus Germaniæ antiquioribus, legitimi tutores nullam præstabant cautionem, legitimis dativi cavebant, Landr. *lib.* 1. *art.* 23. testamentarii non erant, quia non erant testamenta. Post introductum Jus Justinianeum in Academias Germaniæ, ab hujus Professoribus haud dubie suppeditatum fuit statibus Imperii, ut recessibus Imperii insereretur, tutores omnes debere præstare cautionem & fidejussoriam & juratoriam. *R. I. de a* 1548. & 1577. Quod cum omni ratione destitueretur, & repugnaret principiis juris tam Romani, quam Germanici, merito neglectum fuit utrumque in praxi a Magistratu in toto Imperio. Nam regulariter Magistratus inquirit in mores omnium tutorum, neque dat tutelæ officium nisi illis, qui bona immobilia possident. *Conf. Hoppium & Noricum ad Inst. h. t.* Neque tamen moribus Germaniæ ipso jure liberati sunt, aut consuetudine tueri se possunt magistratus, si conveniantur actione subsidiaria, quia hac actione etiam conveniuntur, qui non dederunt fidejussores idoneos. Interim certum est, actionem subsidiariam æque raram esse in praxi, quam exactionem cautionis & juramenti a Tutoribus, quia videlicet rationes politicæ dissuadent privatis actiones contra Magistratum. *Hactenus dictata. Quibus non obstant præjudicia ap. Carpzovium in Scholio allegatum, ut quæ pronunciant saltem, quod actio dari possit, non proferunt exempla, quod actio instituta fuerit cum effectu.*

TIT. XXV.

De Excusationibus Tutorum vel Curatorum.

I. De Excusatione ejusque causa prima, numero liberorum. II. Administratio fisci. III. Absentia Reip. causa. IV. Potestas. V. Onus trium tutelarum. VI. Paupertas. VII. Morbus. VIII. Imperitia literarum. IX. Inimicitia. X. Senectus. XI. Artes liberales. XII. Tutela gesta, & veteribus tutelis has causas non convenire. XIII. Quo tempore proponenda excus. & hodie non appellari immediate. XIV. Causæ prohibitionum; vitia Naturæ & minor ætas. XV. Lis inter pupillum & tutorem. XVI. Matrimonium. XVII. Militia. XVIII. Clericatus. XIX. Excusandi verbum an & illis tribuatur, qui prohibentur. XX. Etiam Legitimos tutores excusari. XXI. Tutorem falsa causa excusatum non esse liberum.

(a) TUtela & Curatio sunt munera civilia, id est publica, *l. fin.* §. 28. *de Muner. & honor.* quia publica necessitate omnibus imponuntur, *pr. l. de excus. tut. l. 9. de his, qui sui vel. al.* quanquam alio sensu non sunt munera Reipubl. quatenus ad privata patrimonia dantur. *l. 6. §. 15. de excus. tut.* Separatur etiam tutela a muneribus civilibus, *l.* 8. §. 1. *de vac. & exc.* quia sub generali vacatione munerum non continetur excusatio a tutela, sed specialem requirit mentionem legis. *l.* 15. §. 12. *l.* 17. §. 3. *de excus.* Cæterum regula est, omnes cogi ad munera, *ne desint, qui necessaria in Rebus publicis obeant. l.* 1. *pr. de vac. & exc.* Ergo & invitis tutela & cura imponitur, quanquam Plato Tutores nolebat quam ἑκόντας τε καὶ ὁμολογοῦντας constitui, *l.* 11. *de LL.* quod æquitate quidem erga tutores, sed Lex Romana utilitate pupillorum præstat: quia, quo quisque magis invitus, eo fide potior habetur, & dum magistratus idoneum simul ac volentem, quod in re onerosa non facile est, conquirit, pupillus defensore careret. Causæ igitur excusationis diligenter sunt traditæ *tit. Inst. & D. de excusat. tut.* propter quas liceat ἀποφεύγειν τὸ τοῦ κηδεμονίας ἄχθος, ait eleganter Theoph. §. 3. Nos in iis ordinem Imperatoris sequemur, qui in omnibus fere non tantum æquitatem pro tutoribus, ne qui has causas habent, onerentur, sed & utilitatem pupillorum spectavit: ne qui his causis sint impediti, ad tutelam minus attendant. (b) Distinguuntur autem causæ Justinianeæ, in excusatorias proprie dictas & prohibitorias. Ex his Im-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.3.

Digitized by Google

Imperator primam ponit *multitudinem liberorum*, *in pr. h. t.* Nam Romæ fuit celebre jus *trium liberorum*, quos qui in urbe haberet, a muneribus personarum & nominatim a tutela curaque immunis erat: idemque jus in Italia quatuor, in provinciis quinque habenti indultum. *pr.h.t.* Nempe Italiam non esse provinciam, tritum est; (1) hanc enim dicimus regionem, quæ armis a populo Romano subacta, missis Roma Magistratibus gubernabatur, cum Itali omnes socii, nec tantum liberi, sed plerique cives fuerint. Liberi autem, ut prosint, debent esse naturales, legitimi, vivi, *h. pr.* non prosunt igitur adoptivi, vid. *ad tit.* 11.*n.* 6. illegitimi, *l.* 2. §. 3. *h. t.* qui in ventre sunt, §. 6. neque mortui, §. 4. nisi bello perierint, hoc est in acie, non per aliam belli causam, ut in obsidione, *fin. h. pr. l.* 18. *h. t.* in conflictu, inquam, hostili. Magnificam addit rationem Imp. *Qui pro Rep. ceciderunt, hi in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*; pulcher locus innumeris veterum ὁμοψήφοις, cui vacet, illustrandus. Liberi tamen mortuorum prosunt avo, ita ut patrem repræsentent, *hoc pr.* sed nepotes ex filiabus patri vel Avo paterno, non materno imputantur. *l.*3.*C. de his, qui num.lib.* Mirum autem, captos ab hoste non numerari. *l.*2.*C. de his qui num. lib.* An ut cives R. virtute bellica potius, quam clementia hostium niterentur. *arg. l.* 12. *pr. de cap. & de postl.* ?

2. (c) *Secunda* excusatio est ejus, qui res fisci administrat, §.1.& qui res dominicas. *l.*41.*h.t.* Per fiscum intelliguntur bona, quæ Princeps qua Princeps & caput Reip. habet, per res dominicas, patrimonium principis privatum, quæ olim *res Cæsaris*: ab utrisque olim discrepabat ærarium, quod tamen & heic sub fisco continetur, *dix. lib.*3. *Digress.c.*21. Per eum autem, *qui res fisci administrat*, *in d.* §. 1. videntur omnes, qui curam alicujus rei a Principe acceperunt, intelligi, *l.*22.§.1. *de excus.* etiam conductores vectigalium, *l.un. in fin. C.ne tut. vel cur. vectig.cond.* Exactores tributorum.*l.*10.*C. de excus. tut.* Coloni Principis. *l.ult. C.Qui dar. tut.v.c.* Ratio hujus causæ non tantum est, ut res fisci exacte & ab eo, qui tantum hoc agit, curentur, sed quia fiscus & pupilli adversus administratores suos præcipua utrique jura habent, quæ si concurrant, ἀνάγκη, ait Theoph. *hic*, ἢ βλάψαι τὸν φίσκον, *necesse est, vel fiscum lædi*, ἢτα τῶν νέων ἐλαττῶσαι δίκαια, *vel adolescentum jura imminui*. Civitates autem cum privilegiis fisci careant, *l.* 10. *ad munic. l.* 2. *C. de jur. Reip.* sequitur, earum administratores non excusari; cum ad hoc speciali lege sit opus; adde *l.* 15. & 16. *de V. S.* Imo diserte. in *l.*15. §. 7. *h t.* λογιστεία, *ratiocinatio*, quæstura *civitatis*, ne quidem juncta cum duabus tutelis, prodest.

3. (d) Tertio excusat absentia Reip. causa, §. 2. *h.* cui æquum est privata cedere, qualis potiore sensu tutela est sine dubio. Balduinus, Vinnius, aliique Interpp. *hic*, ut doceant, qui Reip. causa absint, ablegant nos ad *tit. D. Ex quib. caus. maj. in l.* 32. & *seqq.* & *pass.* sed vix tuto. Nam ibi de restitutione in integrum agitur, quam Prætor dat præcipue quidem propter absentiam Reip. causa; sed & ipse & JCti hanc latius extenderunt ad quamvis necessariam, imo justam & probabilem causam, veluti studiorum, in *l.* 1. *in fin. l.*28.*pr.* etiam ad legatos municipiorum, *l.* 8. *l.* 35. §. 8. *Imo legatum civitatis restitui æquissimum est, licet Reipubl. causa non absit*, ait Ulp. in *l.* 26.§.9. Sed excusatio a tutelis stricte accipitur, nec ad similia sine lege expressa produci potest: nulli competit, nisi cui nominatim id privilegium indultum sit. *l.* 15. §. 12. *l.* 17. §. 3. *h.t.* Quin Modest. in *l.*10.*pr.* populo Rom. causam hanc diserte applicat, δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα. Non magis igitur absentia civitatis causa, quam administratio excusabit. Sunt autem tres quasi gradus immunitatis: horum Primus est, Dum absunt, nova eis tutela invitis non imponitur. Secundus; a suscepta tutela excusantur, *quatenus absunt*, *hoc* §.2. vel *cum absuturi sunt*, *ut l.* 1. *C. si tut. vel cur. Reip.* οὐ μόνον ἐσομένης, ἀλλὰ καὶ ἐπικειμένης, *non modo incepta jam*, *sed & instante absentia*, ait Theoph. neque enim ita coarctandus est tutor, quin etiam, dum parat se ad iter, curator substituendus sit; qui reverso tutori officium redhibebit, non tamen præcise continuoque post reditum, sed cum civili intervallo, quod *laxamentum itineris* vocat Neratius in *l.* 4. *de vacat.* etenim temporaria tantum immunitas fuit. Tertius gradus est, quod reversus, a novis tutelis habeat anni vacationem, eoque demum elapso, novis pupillis præficiatur, ut hoc quietis præmium laboris pretium habeat, *d.*§.2. atque is non cedit a die reditus primo, sed cum aliquo etiam laxamento. *d. l.* 4.

(c) *Pos.* 4. 5. 6. (d) *Pos.* 7. 8.

(1) *Consule Hein. in addit. ad Vinn. ad h. t.*

4. (e)

Digitized by Google

4. (e) Quarto excusat *Poteſtas*, §. 3. *h.t.* qua voce significantur majores Magiſtratus, quibus poteſtas ſive imperium tribuitur, latiore enim ſenſu hæc vox ſine abſurditate non poteſt accipi; neque enim, quibuſcumque aliqua poteſtas competit, iis excuſatio datur. Poteſtas autem a dignitate differt. Nam de hac Modeſtinus ſcribit in *l.* 15. §. 2. Εἰδέναι δεῖ, ὅτι *ἀξίωμα οὐδενὶ παρέχει παραίτησιν. Sciendum eſt, dignitatem nulli tribuere excuſationem.* Poteſtati quidem ineſt dignitas ſemper, ſed & ſine poteſtate ſunt dignitates, ut Conſularium & omnium qui magiſtratus geſſerunt: nam poteſtates excuſantur tantum *ἕως ἐν ἀρχῇ*, donec cum imperio ſunt. *l.6.*§.14.*h.t.* Senatoria tamen dignitas, etſi poteſtas non ſit, excuſat a tutelis inferiorum ordinum, non Senatoriis. *d. l.* 15. §.2. & 3. Cum autem Ædiles non excuſentur, *l.* 17. §. 4. inde colligitur, eos non fuiſſe majores Magiſtratus, nec adeo opus eſt, *d.l.*17.§ 4. de municipiorum ædilibus cum Gothofr. accipi. Nam ædilis coërcere non potuit, nec jubere in carcerem duci, imo nec prenſionem habuit, ſed ipſe in jus vocari potuit. Gell. 13. *c.* 13. Quæ omnia in his, qui majores ſunt magiſtratus & Imperio prædịti, contra ſe habent. *l.2.de in jus voc.* Sueton.*c.*18. *Jul.* Cæterum, diſtinctio inter majores & minores eſt propria Romanorum, ad quos comparati municipales magiſtratus ſunt quidem longe minimi, ſed & hos tamen excuſari, diſerte ait Modeſt. in *l.* 6. §.16. *h. t.* *οἱ ἄρχοντες τῶν πόλεων*, ipſi duumviri; vel quia in ſuo genere & domi ſunt etiam majores reſpectu aliorum in oppidis inferiorum, vel quod non tam honos, quam onus & moleſtia municipalis magiſterii conſideretur. Idem noſtris civitatum magiſtris * permittendum Curia cenſuit. *l.* 2. *tit.* 9. *def.* 6.

5. (f) Quinto, immunem faciunt tria onera tutelæ non affectatæ, qualis heic dicitur, non quæ per ſordes & gratiam quæſita eſt, ut alii; nam qui ita, arcendi ſunt, hic autem quærimus, qui non excuſentur, id eſt, cogantur: ſed affectare, eſt ſubtiliter quærere leves facileſque tutelas, quæ numerum expleant, onerent parum aut nihil, defunctorie, dicis gratiā, ut *alibi*; *εὐτελεστάτην*, ut Theoph. Verum prætor non tam numerare, quam ponderare tutelas debet, magnitudinem patrimonii, ætatem pupillorum, molem rerum ſpectare, modicas tenueſque tutelas, aut quarum pupilli parum abſunt a pubertate, non admittet. *l.* 15. §. 15. *l.*17.*pr.h.t.* Aliquando & unam vel duas pro tribus habebit, ſi tam diffuſæ & negotioſæ ſint. *l.*31.§.*ult.h.* Sed nec ſecundum capita pupillorum numerus tutelarum initur, verum ex ſeparatione patrimoniorum & diverſitate rationum reddendarum; ut fratres conſortes, una, diviſo patrimonio plures tutelæ ſint. *l.* 3. & *l.* 31. §. *ult. h.* Excuſant tutelæ. *quamdiu adminiſtrantur*, *hoc* §. 5. finitæ deſinunt prodeſſe. Exemplum; tres habebam tutelas: adhuc duæ dabantur; non feſtinavi me excuſare, ut in re clara; ex prioribus pupillis unus moritur; ſtatim me tenet nova tutela, quam prompta excuſatione vitaſſem; jura vigilantibus; imo & quarta tenebit, niſi denuo in tempore me excuſem, quæ eſt ſpecies *l.*31. *pr.* ubi *in fin.* additur, imputari tutelam ei qui periculum fert, licet non adminiſtret. Quare ſi tres in unius Patris poteſtate, vel Pater cum filiis pariter habeant tres tutelas, ſinguli unam, nullus vexabitur; *tria onera in domo una eſſe ſufficit*; quia omnes tutelæ ad periculum Patris ſpectant. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *h. t.*

6. (g) Sequuntur tres impotentiæ ſpecies, *Paupertas*, *morbus*, *imperitia literarum*, §. 6. 7. 8. cui additur quarta *Senectus. in* §.13. Nam qui tam iniqua conditione fortunæ utitur, ut non niſi parce & duriter victum exercere & ſe ſuoſque tueri queat, is merito a tuendis extraneis excuſatur. §. 6. *h. l.* 7 *h. t.*

7. Idem in ægrotis & adverſa valetudine laborantibus, quos diſtinguit. *l.* 10. §. *ult h. t.* Sed utraque hæc cauſa cognitionem deſiderat; probare enim debet, qui paupertatem fatetur, oneri injuncto ſeſe imparem. *d. l.* 7. Proinde prout valetudo eſt qua quis afficitur, ſolet vel ad tempus, vel in perpetuum excuſari, tam a ſuſcepta, quam a nova tutela. *l.*11.& *l.*12.*pr.h.t.*

8. (h) Literarum quoque inſcitia videtur ex iis eſſe cauſis, quibus cognitio adhibetur, ut aliquando ſimpliciter, aliquando ſub modo excuſet; ſimpliciter eam prodeſſe, affirmatur in §. 8. *h t. Quamvis*, id eſt non obſtante, *quod imperiti literarum ad negotia ſufficere poſſint.* Nam ut voce *quamvis* reſtringi priora & limitari dicamus, ingenium ſermonis non patitur. Ampliat potius *τὸ quamvis*, ut optime Theoph.

εἰ καὶ

(e) *Poſ.* 9. (f) *Poſ.* 10. (g) *Poſ.* 11. (h) *Poſ.* 12.

* Hodie omnes Magiſtratus excuſantur, licet officium eorum ab antea ſuſcepta tutela liberet. Giſebert. *Status. Peric. II. art.* 21. *n.* 15.

εἰ καί τοι μάλιστα, *etiamſi maxime*. Sed in *l. 6. in fin h.* literarum imperiti tum demum excuſantur, *ſi non ſint expertes negotiorum*; neque hæc pugnant; excuſantur, ſi probent, ſe ob hanc cauſam *oneri injuncto eſſe impares*, alioqui non admittitur allegatio, prorſus ut de paupertate docet *d.l.* Sit igitur hic ſenſus §. 8. Imperiti literarum excuſantur, ſi tutela ſit tam diffuſa, ut abſque uſu literarum explicari & rationes confici non queant, *quamvis* alias ad negotia ſat ſolertes videantur; modicam vero tutelam ſuſcipere tales coguntur, & ſic cape *d. l. 6 in fin.* Hic valet quod Colum. *l. 1. de R.R. c 8. Poteſt etiam illiteratus, dummodo tenaciſſimæ ſit memoriæ, rem ſatis commode adminiſtrare*.

9. (i) Inimicitia tutoris, cum Patre pupilli exercita, an excuſet, tractatur in §. 9. & 11. Magiſtratus equidem non facile inimicum pupillo præficiet, qui jam datum rejicere debet, *l. 3. §. 12. de ſ. ſp. tut.* verum quem pater ipſe teſtamento dedit, quamvis ſimultas & inimicitia, ſed minus atrox inter eos fuerit, hic pro amico & certæ fidei habendus. *arg. l. 36. pr. h. t.* Ideoque minime arcendus neque excuſandus, quia incivile & nefas eſt, litigare cum mortuis, vel *μνησικακεῖν* cum heredibus; at ſi adeo inhumanus reperiatur, qui, ut inimico ſuperſtiti ægre faciat, tutelam, a qua ſcit hominem abhorrere, teſtamento ei imponat, tantæ malitiæ non indulgetur, ſed excuſatio permiſſa eſt. *d. §. 9.* Porro capitales inimicitiæ excuſant §. 11. *h.* Eſt autem capitalis *κεφαλικὴ ἔχθρα l. 6. §. 17 h.t.* ſtricte, quæ ex capitali accuſatione eſt orta, ut Cujac. & Ant. Aug. *ad d. l. 6.* adde, vel ex quæſtione ſtatus, ut ſi pater pupilli tutorem in ſervitutem vindicaverit. §. 12. *h.* Nam ſi capitale ſupplicium eſt, quo libertas aufertur, §. 2. *I de publ. jud.* cur non & lis de libertate capitalis erit? Vide ſis *l. 14. de bon. libert.* Imo & latius patere *capitales inimicitias*, indicant *l. 14 de procur. l. 15. de recept.* ubi Procuratores & arbitri, ob *capitales inimicitias* ab officiis ſuis excuſantur: tantumne ſi capitis accuſati? Imo ſi & infamati ſint. *d.l.* 15. Duas inimicitiæ ſpecies JCtus tradit in *l. 3. §. ult. de adim leg.* Levis, & capitalis ſeu graviſſima. Ita hic, ob levem non datur ſimpliciter, ſed ob graviſſimam competit excuſatio, id eſt ob capitalem, quia de fama, de fortunis ac ornamentis omnibus decernitur, quam capitis litem Cicero *in orat. pro Quint.* vocat. Sed an decet ſapientem, præſertim Chriſtianum, detrectare tuitionem pupilli ob inimicitias paternas? *καλῶς ποιεῖτε τοὺς μισοῦντας ὑμᾶς*, *Matth. 5. V. 44.* Si ipſis bene faciendum inimicis, quanto magis liberis eorum? Sed alia hic ratio occurrit, ait D. Vinnius, *ut liceat ſiniſtram ſuſpicionem hoc obtentu vitare & antevenire remotionem*; famæ ratio habenda; ne adverſa & damna pupillorum inimicitiæ imputentur. Hæc reputatio conſcientiam excuſantis abſolvit; ſed judicem & hæc ratio movebit; durum eſſe, hominem graviſſime a defuncto læſum, ad regendam ejus hereditatem compellere: nec religio exigit, ut quælibet officia præter neceſſitatem inimicis præſtentur; nec caritatis Lex imperat tutelam, niſi cum alius reperiri nequit.

10. (k) Inter præmia ſenectutis eſt immunitas a muneribus & honoribus; anni L. a militia excuſabant: LVI. a decurionatu, *l. 11. de decur.* LX. vel LXV. a Senatu, Sen. *de brev. vit. in fin. & 2. cont. 65.* LXX. a muneribus perſonarum, præcipue a tutelis. *l. 3. de jur. immun. §. 13. h. l. 2. pr. & §. 1. h.t.* Exceſſiſſe autem annum ſeptuageſimum * oportet, ut diem ultimum attigiſſe non ſufficiat, *d. ll.* quam ſubtilitatem nec praxis ſpernit, Sand. 2. *tit.* 9. *def.* 5. quanquam in honoribus alioqui annus inchoatus pro completo habetur. *l. 8. de mun. & hon.* Quod autem in *l. 3. C. qui æt. vel prof.* anni LV. a tutela excuſare dicuntur, haud dubie vitioſum, & cum Cujacio legendum 70. ipſe textus oſtendit. (2)

11. (l) Poſtremo Grammatici, Rhetores, Medici excuſantur, §. 15. (primus Medicis immunitatis auctor Auguſtus, in gratiam Antonii Muſæ, teſte Dione *l. 53.*) cum duplici reſtrictione, ſi Romæ, vel in Patria ſua has artes exerceant, ac intra numerum ſint. Non quod præfinitus Medicorum aut Rhetorum numerus per ſingulas civitates certus eſſet, quem egredi non liceret, *l. 6. §. 2. h. t.* niſi *ἄγαν ἐπιστήμονες*, *valde* aliqui *excellerent*, §. 10. *d. l. 6.* non quivis habentur immunes, ſed *περιοδευταί*, *circulatores*, *circumforanei*, *d. §. 2.* nempe, qui de foro in forum & regionatim, una tamen urbe, circuibant, medicinam facientes, *Viſitatores*, ut vocantur ſacerdotes *περιοδευταί l. 42. §. 9. C. de epiſc. & cler.* Grammati-

(i) *Poſ.* 13. (k) *Poſ.* 14. (l) *Poſ.* 15. & 16.

(2) *Niſi cum aliis hunc textum malis accipere de munere decurionatus, a quo ætas LV. annorum completorum excuſat. Quam conjecturam juvat quod d. l. 3. ſit reſcriptum.*

* Nec apud Saxones an. 60. ſufficit, ut Schulzius *Syn. J. A. tit. e a. LR. l. 1. art* 42. exiſtimat, cum textus ille non receptus ſit, teſte Philip. *Uſ. Pr. Inſt. Ecl.* 91. *n.* 11. Carpz. *L.* 5. *Reſp.* 90.

Digitized by Google

matici non sunt, qui primis literis pueros imbuunt, * nam hi carent immunitate, *l.* 11. *in f. de mun. & hon. l.* 2. §. 8. *inf. de vacat.* sed Professores, qui opponuntur ludimagistris. *l.* 1. §. 6. *de extraord. cognit.* In *d. l.* 6. §. 1. adduntur Sophistæ, *οἱ σοφιστεύοντες*; §. 11. qui progymnasmata Eloquentiæ docent, & sunt medii generis inter Grammaticos ac Rhetores. His enim cessit nomen Sophistarum, postquam a sapientiæ magistris repudiatum, philosophorum appellationi originem dedit, qui & ipsi excusantur, §. 5. *d. l.* 6. quod eorum professio omnino tutelis distraheretur; sed a sumptuosis muneribus non sunt immunes, quia pecuniam curare non debent, hæc ratio redditur in §. 7. *d. l.* 6. Paupertatis enim studium, ut nota philosophorum perpetuo inculcatur. *Hoc eos profiteri oportet, mercenariam operam spernere*, *l.* 1. §. 4. *de extraord. cognit.* Papin. in *l.* 8. §. *pen. de vacat. & excus. Vere philosophantes pecuniam contemnunt, cujus retinendæ cupidine, fictam adseverationem detegunt.* Olim Juris professores non gaudebant excusatione, præterquam Romæ, *d. l.* 6. §. 12. sed a Constantino omnes Artium Professores & Legum Doctores immunitate donati sunt, *l.* 6. *C. de Profess. & Med.* quod tamen ad hodiernos Doctores extendere omnes vix licet, quia plerique in foro versantur, & lex 6. de his, qui *alios studiis & artibus instituunt*, loquitur *in fin.* Poetæ non excusantur, *l.* 3. *C. de prof. & med.* etsi Cuj. in *d. l.* 6. divinos spiritus privilegio dignos censet; qui tamen publice docent Artem Poëticam, videntur cum *aliis literarum & liberalium* Professoribus excusandi *arg. d. l.* 6. Non Geometræ, *l.* 22. *h. t.* nec Calculatores, *l.* 4. *C. de Prof. & Med.* nec Musici. *arg. l.* 4. *C. de excus. mun.* Professores, qui minus utiles frequentesque se præbent, numero possunt eximi & immunitate privari. *l.* 2. & *l.* 8. *C. de Prof. & med.* Vid. *lib.* 3. *Digress. c.* 23.

12. (m) Atque hæ omnes causæ tutoribus & Curatoribus sunt communes; una Curatoribus propria subjicitur in §. 18. *h.* Quod qui tutelam pupilli alicujus gessit, ad ejusdem curationem invitus dari nequeat, nec a testatore neque a magistratu; quia durum est, uni in uno pupillo duplex onus injungi. *l.* 20. *C. h. t.* Excipitur libertus. *l.* 5. *C. h. t.* Moribus hodiernis, ut *supra* dictum, pubertas non finit tutelam, sed hæc uno contextu in curationem transit & continuatur usque perfectam ætatem. ** Porro causis excusationum, hi quibus competunt, ut pro se introductis, renunciare possunt. *arg. l.* 46. *de pact. l. pen. C. eod.* Et videntur renunciasse, adeoque amittunt jus suum, qui se patribus pupillorum tutelam suscepturos promiserunt. §. 9. *h. l.* 15. §. 1. *h. t.* Omnes hæ causæ excusant a tutelis noviter delatis, non a veteribus & pridem susceptis. Adeo ut supervenientes, tutoribus jam factis nihil prosint, ne quidem si lite excusationis pendente nascantur. *l.* 2. §. 8. *l.* 28. *pr. h. t.* Sand. *l.* 2. *tit.* 9. *de fin.* 9.

13. (n) De tempore proponendæ excusationis in judicio, agitur §. 16. *h. t.* Est hoc quinquaginta dierum, quod tempus partim est utile, partim continuum. Utile, quia non mox a datione, sed ex quo tutor se cognovit esse datum cedit, *d.* §. 16. & *l.* 13. §. 1. *h.* Continuum, quia omnes dies computantur tam feriati, quam fasti; utile enim tempus est, cui eximuntur dies, quibus agi non potest, tam ob ignorantiam vel absentiam partium, quam quod ob ferias copia Prætoris non sit. *l.* 1. *de divers. & temp.* Dies 50. dantur, nisi quis habitet ultra centesimum lapidem, id est, milliare: qui enim tam procul a foro suo aberat, huic primo dabantur dies *triginta*, insuper totidem dies quot erant vicena milliaria, ut tamen nunquam pauciores quam dies 50. darentur. Proinde, si quis plures quam 50. haberet, hunc oportebat longius quadringentis milliaribus abesse, *l.* 13. §. 2. *h. t.* hoc est centum fere Germanicis. Nam milliare Romanum constat mille passibus, sive *octo stadiis paulo minus*. Plutarch. *in Cajo*, *τὸ δὲ μίλιον ὀκτὼ σταδίων*. Germanicum commune 32. fere stadiis. Quæ autem Provincia hodie tanta est, ut aliquis ultra 400. millia a metropoli sua habitare possit? Tempore elapso, nihil proderit excusatio licet admissa a magistratu, *d. l.* 13. §. 5. nisi justissima causa. §. *ult. d. l.* Primo igitur apud judicem ordinarium proponenda excusatio. (o) A quo si rejecta sit, tunc ad superiorem appellari potest. *d.* §. 16. Olim provocatio confestim a datione recte fiebat; ut ab aliis hodieque muneribus publicis. *l.* 1. *de vac. & excus. l.* 11. *C. de appell.* In tutela mutavit hoc D. Marcus, *l.* 1. §. 1. *Quand. appell. Non oportet eum provocare*, ait textus: sed excusatio-

(m) *Pos.* 17. (n) *Pos.* 18. (o) *Pos.* 19.

* Unde privilegium excusationis Grammaticis tributum non esse etiam apud nos extendendum ad eos, qui scholas privatas exercent, *die Winckel-Schulmeister*, recte monuit Hopp. *ad* § 15. *I. h. in us. mod.*

** *Conf. tamen not. ad* §. 3. *tit.* 28.

ſationem *allegandam habet*, expreſſe per formam præcepti, *& ſi fuerit repulſus, tunc demum appellare debebit*: manifeſti gradus; excuſatio primo, ſententia judicis, appellatio; * tandem, ne quid dubitetur, *ante fruſtra appellatur* ait; neque enim valet appellatio per falſum facta, & omiſſis his, qui ſunt ex imo ordine, *l.* 21. *pr. de appell.* de voce *fruſtra* confer *princ. d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *in fin. C. de tut. vel cur. qui ſat. non ded.* Scimus opponi *l.* 4. *& l.* 13. *pr. de excuſ. tut. l.* 16. *eod l.* 18. *C. eod. l.* 39. §. 6. *de admin. tut. l.* 2. *& pen. de Tut. dat. l.* 17. §. 1. *de Appell.* de quibus *ad ff. h. t.* dicemus.

14. (p) Fuerunt excuſationum cauſæ, ſequuntur prohibitiones, per quas, ne quidem ſi velint, tutoribus eſſe licet; quales primo ſunt, vitia naturæ, ſi quis mente captus, ſurdus, *l.* 1. §. 2. *&* 3. *de tut.* & cœcus ſit. *l.* 3. *C. Qui dar. tut.* Minores 25. annis prohibentur, olim excuſabantur, ait Tribon. *in* §. 13. *h.* hoc eſt, ut conjicio, olim cauſæ excuſationis poterant a minoribus allegari ut a cæteris, ſi nempe ad teſtamentariam vel legitimam tutelam vocarentur, non hoc ipſum, ut vult Theoph. ὅτι ἥττων εἰμὶ, quia minor annis ſum, ſed quod tribus liberis aut tutelis gravati &c. Nos autem, ait Juſtinianus, effecimus, ut excuſationi in minore locus non ſit, ut nulla poſſit uti, quia plane eum prohibuimus; quod tamen mox ad legitimam reſtringit, de qua ſola agit, *l. ult. C. de legit. tut.* ſic nihil a Triboniano erratum, ut contra Cl. Vinnium diſputavimus *l.* 3. *Digreſſ. c.* 24. ubi & reum alterius inſcitiæ Tribonianum defendimus.

15. (q) Deinde Cauſa litis inter Tutorem & pupillum eſt prohibitoria. Olim lis de omnibus bonis, vel de maxima eorum parte, excuſabat, §. 4. *h. l.* 20. *& l.* 21. *h. t.* imo & tunc, quando tutor metuebat, ne pupilli nomine implicaretur liti cum perſona ſibi conjuncta, *l.* 23. *C. h. t.* quod Græcus paraphraſtes vocat jus νέον καὶ θαυμαςὸν, *novum & mirabile*; non tantum ob propriam, ſed & metum alienæ litis excuſari. Secundum hæc, debitor vel creditor pupilli tutor eſſe & ipſe ſibimet ſolvere poterat, *l.* 8. *C. qu. dar. Tut. vel Curat.* Verum hodie tam debitor, quam creditor pupilli excluditur a tutela & cura, ** *Auth. minoris. ſub d. l.* 8. ex *N.* 72. c. 1. *& ſeqq.* Ratio eſt in *c.* 3. *in fin.* ἵνα μὴ πολέμιον ἀλλ' οὐ κηδεμόνα δῶμεν τῷ νέῳ, *ne hoſtem magis quam curatorem adoleſcenti demus*, ac debitum, vel intervertatur, vel inique imputetur. *d. c.* 1. Quin, ſi diſſimulent, creditor quidem amittit jus ſuum, debitor ſolutione facta non liberatur. *c.* 4. *d. N.* Quod ſi tutori jam facto neceſſaria obligatio cum pupillo interceſſerit, ſtatim ſuſpecto adjungitur Curator. *cap.* 2. At ceſſiones pupillarium actionum in tutores factæ, ſunt ipſo jure nullæ. *cap.* 5. Hæc de debito & credito, quæ ſunt cauſæ litium, multoque magis de litibus ipſis obtinent. Pragmatici, quæ dicta ſunt, ea de legitimo & dativo tutore ſimpliciter accipiunt; ſed in teſtamentario ita, niſi pater ſciverit cauſam obligationis; neque enim ulla tunc diffidendi cauſa, Sand. *l.* 2. *t.* 9. *d. t.* & ipſum jus civile excipit matrem ac aviam, quæ poſſunt eſſe & creditrices & tutrices, *Auth. ad hæc. C. Quand. mul. tut.* ex *N.* 94. *c.* 2. quod recte ad Patrem & avum extenditur. Sand. *d. tit.* 9. *def.* 2.

16. (r) A cura prohibet matrimonium. Maritis, inquam, interdicitur cura uxorum, *** *l.* 2. *C. qui dar. tut.* etiam furioſarum, *l.* 14 *de cur. fur.* eadem ratione, qua nuptiæ inter curatorem & adultam ſunt vetitæ, *ſupr. tit.* 10. *n.* 16. ne vis maritalis poteſtatis curatoriam corrumpat, & maritus graſſetur, rationum reddendarum ſecurus, nec ſuſpecti infamiam metuens. Idem eſſe in ſponſo, Modeſtinus ait, οὐκ ἔξεςιν, non licet, *l.* 1. §. *ult. h. t.* ſi non verba μνηςηρος & μνηςης ibi conjuges ſignificant, ut vult Cujac. ad *d. l.* 1. Bona uxorum ſunt dotalia, vel paraphernalia, vel receptitia. Dotalium maritus eſt dominus, *ut alibi*; Paraphernalia, id eſt *præterdotalia*, uxoris, ſed a marito adminiſtrantur. Ideoque horum eſſe curatorem maritum, ſtatuit Giphan. dubitat cum Bachovio Vinnius *hic*, Schneidew. legitimum adminiſtratorem vocat. Ita hodie hæc Cura tantum in *receptitiis* locum haberet, quæ pleno jure uxor retinet, *nec in viri poteſtatem committit*, ut Gel. *l.* 17. ex Catone citat. Sed paraphernalium non eſſe curatorem

(p) *Poſ.* 20. 21. (q) *Poſ.* 22. 23. (r) *Poſ.* 26. 27.

* Jure Sax. & ab initio, & repudiata excuſatione, appellatio interponi poteſt *Appellat. Patrat.* d. a. 1570. §. 1.

** Jure Saxonico creditor pupilli, qui nomen ſuum Magiſtratui denuntiavit, & nihilominus ab eo tutor conſtitutus eſt tutelam recte ſuſcipit, & actionem quam habet, haud amittit. Arbitrio tamen judicis relinquitur, utrum excuſantem ſe hoc modo liberare, an vero dato ad litem curatore ipſum coſtituere velit. Vid. *Dec. El.* 3. ibique Phil. *Obſ.* 1.

*** Non tamen apud nos, ubi & ratione ſexus, *Dec. El.* 24. *j. L. R. l.* 1. *art.* 11. 45. & ratione ætatis etiam, maritus uxoris ſuæ Curator eſſe poteſt, *c. L. R. l.* 1. *art.* 42. Vid. Menck. *Tract. Syn. Pand. Tutor. Pract. p.* 362.

torem maritum probo, quia jus ejus circa hæc bona ætate non distinguitur, sed etsi annis sit uxor, ea tamen administrat, idque ex mandato mulieris, quæ hoc etiam non dare & revocare potest, nec actiones per alium quam maritum exercere, cautionesque ab eo repetere, *l. ult. ℣. ante enim. C. de pact. conv. l.* 8. *C. eod.* quorum nihil in curatore locum habere potest. Moribus populorum vir est plerumque legitimus Curator uxoris suæ, Gudel. 1. *de jur. nov. c.* 7. Vid. Sand. *l.* 2. *t.* 4. *def.* 3. At hanc improprie Curam esse, patet inde, quod in favorem mariti sit introducta, ut Sand. *d. l.* probat, & Herbaj. 12. *rer. quot.* §. 1. non in præsidium ætatis vel infirmioris sexus, quod natura tutelæ & curæ exigebat: nam etiam in nuptas perfectæ ætatis competit, innuptæ post 25. annos nulli subsunt Curatori, ut debebant, si hæc curatio ob infirmitatem sexus reperta esset, ut Romæ olim tutela mulierum. Proinde potestas hæc virorum est similis paternæ administrationi bonorum adventitiorum. Idem & plus Pater juris quam Curator habet, nec tamen verus est Curator, perinde ut maritus. Et verbum *Voogdye*, quod est in *tit.* 2. *lib.* 1. *Stat.* latius est, etiam Patribus conveniens. Grot. 1. *Manuduct. cap.* 4. D. Wisenbach. *ad d. l.* 8. *C. de pact. conv.* paraphernalium bonorum vix ullum in Frisia usum superesse tradit, quasi sublata distinctione dotalium & paraphernalium, 1. *Stat.* 2. *art.* 1. quod res aliter docet. Nam si dotes in Frisia supersunt, ut affirmat Sand. *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 2. nec omnia mulierum bona sunt dotalia, ut omni die videmus, reliqua oportet paraphernalia *sive præterdotalia* esse, quanquam cura virorum in Frisia non recipit hoc discrimen; & hactenus loquitur *Statutum*.

17. (s) Milites a tutelis prohibentur, quia pupillos & Rempubl. simul tueri nequeunt. §. 14. *h. l.* 4. *C. qui dar. tut.* Quæ ratio & a procurationibus eos arcet, *l.* 54. *de procurat.* ut ne uxorum quidem aut parentum res gerere possint *l.* 7. *C. eod.* Sed inquilini castrorum excusari dicuntur, *l.* 17. §. *ult. de excus.* per quos Gothofr. intelligi putat eos, qui Gallis dicuntur *Mortepaijes*, & vix unquam e præsidiis educuntur, vel quos vulgo spurcios a vestibulis nuncupant: sed hi sunt milites tamen. Forte negotiatores fuerunt, qui fixam in hybernis sedem habuere, ut militibus necessaria venderent.

18. (t) *Postremo* Ecclesiæ militibus, id est, Episcopis & Monachis, *l.* 52. *C. de epis. & cler.* immunitas datur, sed mox in *Auth. Presbyteros* §. 1. ex *N.* 123. *c.* 5. prohibentur; Presbyteris tantum & diaconis Legitima volentibus permittitur, *pr. Auth.* a testamentaria & dativa æque excluduntur, ut Cujac. & Rittershus. ex *d. N.* recte colligunt. Nostrates aliique hodie in Verbi Divini Ministris observant *d. l.* 52. ut excusent eos generaliter, non ut prohibeant, Sand. *d. t.* 9. *def.* 7. Presbyteri & Diaconi, inter nos τοῦ πολλοῦ δήμου, *vulgi numero* habentur, non solent excusari.

19. (u) His, qui prohibentur non competere excusationem, & ratio & textus docent, in §. 13. & 14. *h. & l.* 12. *C. h. t.* ubi voluntaria tutela, quæ *privilegium*, id est excusationem habet, vocatur. Hoc est, quod in *l.* 31. *pr. h. t.* scribit Paulus, *antequam excusetur, ipso jure tutorem esse*, cum qui prohibentur, nec sint, nec esse possint; ideoque separatim de iis tractavimus. Sed abusive aliquando excusandi verbum de his ipsis usurpatur. In *l. un. C. qui morb.* muti, surdi, cœci excusationem habere dicuntur. In §. 19. *h. t.* mariti *excusantur* a cura uxorum, licet se immisceant, ait Imp. satis indicans, non licere iis esse; nam excusatio proprie dicta immixtione amittitur, *l.* 17. §. 5. *h. t.* Sic in *l.* 11. *de Decur.* Callistratus, qui solet καταχρηστικώτερον uti terminis *τοῦ prohiberi & excusari*, de decurionatu promiscue ponit. *Excusantur* a postulando, qui nunquam admittuntur. *l.* 1. §. 3. *de postul.* Ratio abusus duplex videtur. *Prima*, ut lenitas verbi invidiam rei mitiget erga eos, qui ob causas non odiosas removentur, ne mariti, creditoris, aliorumve contumeliæ tribui videatur, quod a tutela excluduntur. *Altera*, quia multi vere gaudent, hisce causis uti se posse, & sæpe eas obtendunt, ut immunes habeantur, quibus prohiberi tantundem est atque excusari. Hinc qui creditorem se pupilli profitetur, id probare debet, vel jurare, priusquam excusetur. *N.* 72. *c.* 3. Idem de lusco vel surdastro, qui subterfugiunt onus, haud dubie tenendum. Cæterum, *omnes hæ causæ pertinent ad* Tutelas noviter *delatas*, quod intellige de excusatoriis, non de prohibitoriis, ut recte animadvertit Scholiastes noster *ad Pos.* 20. *Sunt tamen etiam causæ, quæ & a veteribus tutelis excusent*; tales sunt: 1. si quis trans mare Reip. causa abfuerit. 2. Qui consiliarius Principis factus sit. *l.* 11. §. 2. de

(s) *Pos.* 24.

(t) *Pos.* 25. (u) *Pos.* 27. 28. 29.

Digitized by Google

de minor. 3. Si quis domicilium jussu principis scientis esse tutorem, mutaverit. *l.*12. §.1. *de Excus.* 4. Si tutor liberorum inferioris ordinis, senator factus sit. *l.*15. §.3. *eod.* Item 5. si post susceptam tutelam cœcus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut valetudinarius sit factus. *l.* 40. *in pr. eod.*

20. (w) Sunt autem excusandi prohibendique causæ tutoribus omnium generum communes: Ideoque & legitimi excusantur. Qui privilegio subnixus est, fratris *curationem* suscipere non cogitur, ait Papin. in *l.*30. §.2. *h.t.* Et ne quis de tutela secus putet, in *l.* 3. §. 8. *de legit. tut.* patroni filius a legitima tutela excusatur. Idem de patruis, in *l.*1. *C. de Legit.tut.* *l.* 9. *C. Qui dar. tut.* Cujuscumque generis sunt tutores, excusare se docet Imp. in §. 16. *h.t.* nec errat Theoph. ut Cujacius putat, ipse errans *ad d. l.*13. *h.t.* cum id explicat, εἴτε τεσταμεντάριοι εἴτε λεγίτιμοι. Imo quod sequitur; *qualitercumque dati fuerint*, indicat, ait Cujacius; Testamentarios & dativos intelligi, qui soli dantur, non legitimos; quod esse falsum, definitio tutelæ arguit, in qua verbum *data* ad legitimam solam pertinere, in confesso est. Hoccine dissentientes volunt, ut agnatis nec liberorum, nec tutelarum numerus, nec morbus, paupertas, aut senectus prosit? Quid iniquius? *Hereditatem capiunt*, ait Giphan. *ad d.* §. 16. *ac proinde onus tutelæ non possunt effugere.* Imo dispar est ratio. Hereditas futura & incerta est, onus tutelæ præsens. Hereditas maxime iis congruit, qui liberis, inopia aliisque incommodis, quæ excusant, gravantur; tutela minime. Hactenus a lucro ad onus argumentandum, ut tamen naturalis æquitas excusata maneat. An, si in *l.* 13. *h. t.* testamentariis & dativis excusatio tribuitur, ideo legitimis negatur? Vel an, quod ipso jure fiunt tutores, id excusationem tollit, ut vult Cujac. *ad Ulp. tit.* 11.? Lex sane efficit eos tutores, concedimus, neque enim alii, quam qui jure sunt tutores excusantur, imo & ipso jure dativi tutores esse dicuntur antequam excusentur. *l.* 31. *pr. h. t.* Etiam testamentarii immediate a testatore sunt tutores, tamen excusantur. Suis heredibus, qui successionem repudiare non posse dicuntur, quod ipso jure sint heredes, beneficium abstinendi datur; non & tutoribus, licet ipso jure sint, excusandi? Quin reliquos heredes legitimos repudiandi jus habere constat, a quibus semper secundum tutores legitimos concludimus. Non potuisse olim legitimos abdicare tutelam, verum est. *d. tit.* 11. *Ulp.* §. 17. Sed non fuit eadem abdicationis, quæ excusandi ratio, nam suscepta abdicabatur. Cicero *l.* 6. *ad Att. ep.* 1. *Tutela me cogito abdicare*, quam scilicet habebat, *Ariobarzanis*. At excusatio susceptæ tutelæ dari non solet, nec plane est eadem æquitas permittendi abdicationem tutori creato, & excusationem creando.

21. (x) Clauditur hic titulus sanctione adversus tutores, qui falsis de jure, seu facto allegationibus excusari meruerunt; nam hi periculo tutelæ, ex quo dati sunt, obligantur, *l.*1. *& ult. C. si tut. vel cur. fals. alleg.* non modo, si κατὰ φάκτον ψεύσωνται ἢ δικαιολογία, *si causas sint mentiti*, ἀλλὰ καὶ κατὰ τὸ νόμιμον, *sed & si perjuris errorem causæ approbatæ fuerint*, ut Græci.

T I T. XXVI.

De suspectis Tutoribus.

I. De usu hujus remedii hodierno. II. Ad quam jurisdictionem pertineat. III. Quinam tutores accusentur. IV. Et quinam jus accusandi habeant. V. Quid sit esse suspectum. VI. Quid dolus & culpa. VII. Quando tutor fiat infamis. VIII. Sanctiones aliquæ in favorem pupilli certis casibus. IX. Fidejussoribus datis non evitari judicium suspecti.

(a) PUpillorum securitati consentaneum est, ut suspecti malæ fidei tutores accusentur, convicti removeantur, plectantur. Quod Romæ solitum quotidie fieri, memorat Ulp. *l.*1. *pr. h.t.* at non immerito Mynsingerus *ad pr. h. t.* rarius hoc tempore usurpari queritur. Romana hæc disciplina fuit, cum in hac, tum in publica omni accusatione; quam libere civibus patere, quantopere intersit Reip. optime autor, alibi pessimus, probat. *l.*1. *disp. de Rep. cap.*7. Quod igitur Bachovium *not. ad Wesenb. n.*5. *h.t.* exiguum hujus tit. usum agnoscentem, ex-

(w) *Pos.* 30. (x) *Pos.* 31. (a) *Pos.* 1. & 6.

Digitized by Google

experientia refelli, putat D. Wiffenb. *h.t. ff. in fin.* vereor, ne experientia ipsum refellat. Ex parte verum est, hodie pupillis consuli rationum quotannis exactione, per quam fides tutoris exploretur & forte, si huic rei attendatur, pene superflua accusatio videatur; nam cum potest tutelæ agi, *consequens est cessare suspecti accusationem*, *l.3.§.6. h.t.* quæ jure civili, durante tutela, est necessaria, quia tutelæ ante pubertatem agi non potest, nec rationes prius redduntur, *§.ult. supr. de Atil. Tut. l.4. pr. de tut. & Ration. distr.* quod est secus in praxi, ut *supr.* Magistratus igitur, si rationes non liqueant, inquirere & deprehensum removere potest. Fuisse tamen efficacius accusandi jus, negandum non est. Interim quæ hic traduntur, animadversioni, quæ fit rationibus examinandis, suo modo applicari possunt. Imo nec ipsum acccusandi jus sublatum videtur, quatenus hodieque Procurator generalis nomine Reipubl. Tutores suspectos ultro, vel deferentibus aliis, postulat, & peragit, ut non semel factum meminimus. *

2. (b) Hujus tituli methodus aperta est, fere qualis ab Ulpiano instituitur in *l.1. §. 1. h.t.* Suspecti crimen, id est accusatio, (ut in *l.21. pr. de SC. Sil.* quæstio & crimen, adde *l. 5. de calumn. &c.*) ex lege XII. Tabularum descendit. *pr. l. de susp. tut.* Nec tamen quod ex lege hoc crimen oriatur, ideo suspecti cognitio est legitimæ jurisdictionis; nam hoc de iis est verum, quæ ex speciali lege competunt, non ex primo universi juris fonte, ut est Lex XII. Tab. Potius est ordinariæ jurisdictionis, quia mandari potest. *l. 1. §. 4. h. t.* junct. *l. 1. in pr. de off. ej. cui mand.* Hinc non modo Prætor, Præses, Proconsul, sed & Legatus Proconsulis, qui mandatam habet jurisdictionem, removere suspectos potest; quod cur Cujacius aliique negandum putent, contra claros textus in *d.l.1. §.4. l.4. pr. de off. ej. cui mand.* non est causa sufficiens in *l. 1. §. 11. ad SC. Turp.* nam verba, *nullus alius quam Præses*, non excludunt eum, qui præsidis vice fungitur, eumque repræsentat, quod facit mandatarius; sed inferiorem magistratum, ut municipalem, cui; licet datum sit tutorem constituere, *l.3. de tut. dat.* remotio tamen nunquam conceditur: hæc enim tribunal requirit, *d. §. 11.* quo caret duumvir. Imo & legatus Proconf. tribunali caret, ait P. Faber ad *l.70. n. 2. de R.J.* De eo quicquid fit, ad legatum ex mandato Proc *totum juris dicundi officium transit*, *d. l.1. §.4. h.t.* Cui *consequens est*, *ut etiam de suspectis tutoribus possit cognoscere*, quod Impp. rescribunt in *d. l.4. de off. mand.* Non tribuunt hoc legato vi rescripti; tunc enim hæc res legitimæ jurisdictionis foret; sed interpretantur id ei sponte competere.

3. (c) Utilitas pupillorum exigit, ut sine προσωποληψία cujuscumque generis tutores accusentur & prohibeantur. §.2. *h. l. 1. §. 5. h.t.* Sed reverentia & necessitudo, qua pupilli quibusdam obstringuntur, suggerit, infami remotione non semper utendum, nam ecce, Parentibus & Patronis nulla potest infamia intentari. *l.5. §.1. de obseq. par. & patr.* His igitur aliisque propinquis simpliciter Prætor *gerere prohibebit*, quod a remotione differt, sed eundem habet effectum, §. 2. *h. l. 4. §. 3. h. t.* vel ut modest. vult in *l. 9. optimum factu est*, *curatorem ei potius adjungi*, quod in quovis legitimo tutore monet observandum esse. Ipsius enim pupilli interest, sanguini honorem haberi, & agnatorum famæ parci.

4. (d) Quemadmodum crimina atrociora publice accusantur, de quo *alibi*, ita exemplo eorum accusatio suspecti a quovis promiscue institui potest, unde *quasi publica* appellatur. §. 3. *h. l. 1. §. 6. h. t.* Vere publicam non esse, res loquitur: cum ne quidem criminalis sit causa; nam Prætorem, qui removet tutores, non habuisse merum imperium constat & tantum extra ordinem *ob facta atrociora in tutela admissa*, mittebantur tutores ad Præfectum urbi, qui poterat in crimina animadvertere. *l. 1. §. ult. h. t. §.10. & 11. l.h.* juncta *l.1. pr. de off. præf. urb.* Publica judicia & omnes causæ criminales publicæ, vindictæ gratia & plerumque ad coërcendum corpus tendunt. *l.2. de publ. jud.* Sola remotio, criminalis judicii exitus esse nequit; ne quidem, si infamia accedat, quam & civilibus accedere tralatitium est; præter quod omnis forma finisque publicæ accusationis hic cessat, ut latius *in loco*. Proinde improprie, *crimen*, *accusatio*, aliæque voces hic usurpantur κατ' ἀναλογίαν. Est civile judicium: sed ob publicam utilitatem patet omnibus etiam mulieribus (quæ ab accusatione vere publica arcentur, *l.8. de accus.*) maxime conjunctis & cæteris verecundiam sexus non egredientibus, sed pietate pro-

(b) *Pos.* 1. 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. 5.

* In Saxonia, licet tutelæ actio superfit, suspecti tamen tutoris postulatio non infrequens est, dum vel per implorationem, vel per accusationem fieri queat, sic *Ref. Grav. d. 609. gr.1.*

Digitized by Google

productis, *d.* §.3. *d.l.*1.§.7. *h. t.* * Quin ut Magistratus *ultro in malos homines inquirere* debet, *l.* 3.& *l.* 13. *de off. præf.* ita si nemo tutorem suspectum postulet, ipse prætor eum, detecta perfidia, removebit. *l.*3.§.4.*h.t.* Pupillo accusandi copia non datur, sed puberes jam maturioris judicii curatores suos peragere possunt ex consilio necessariorum. §. 4. *h.* Ita Demosthenes *ἐνήλικια γενόμενος τοῖς ἐπιτρόποις ἤρξατο δικάζεσθαι καὶ λογογραφεῖν ἐπ' αὐτούς. Pubes factus tutores accusare cœpit, orationesque adversus eos componere.* Plutarch. *in vit. Demost.*.

5. (e) Suspectus autem est, *qui non ex fide tutelam gerit*, habetur in §. 5. *h.* proprie, qui creditur non ex fide gerere: sed definitio est pro intentione accusantis & exitu judicii. *Ex fide* non gerit, qui non implet officium tutoris, quod in se recepit; proin fides hic dolo malo non opponitur, sed officium, inquam, boni tutoris significatur, *ὃς μὴ πιςότατος διοικεῖ, Qui non fidelissime gerit*, ait Theoph. is suspectus est. Non modo igitur qui dolo, sed & qui *inconsideranter* agit, segniter, rustice, inerter, inepte, simpliciter, removeri potest. *l.* 3. §. *pen.& ult. h. t.* Additur *d.* §. 5. *licet solvendo sit*, divitiæ enim aut paupertas fidem nec adfirmant nec minuunt, *de quo mox.* (f) Sed & *antequam incipiat tutelam gerere*, *tutor potest quasi suspectus removeri*, *d.*§.5. quod absonum videtur, quia nec ob delictum, quod tutelam præcessit, accusari potest. *l.* 3. §. 6. *h t.* Qui ergo cum nihil gessit? Sed omittendo etiam peccatur, si quis dolo vel contumaciter gerere aut satisdare noluerit. *l.*3.*C.h.t. l.*2.*C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Quod & *l.*4.§.*ult.D h.t.* velle videtur. (1)

6. (g) Effectus accusationis non est tantum ut removeatur tutor, sed etiam ut infamis fiat, si dolum, non si culpam duntaxat admiserit. §. 6. *h.* In genere & hoc loco dolus est, *omne malignum alterius lædendi consilium*, sive id aperte, seu simulando, vel dissimulando exequaris. §. 1. *de vi bon. rapt. l.* 7. *ad L. Corn. de sic. l.* 3. §. 1. *de injur.* Culpa est inconsultum peccatum *ἄνευ προαιρέσεως*, negligentia *ῥαθυμία*, Theoph. Cujus tres sunt gradus seu species; prima vocatur culpa lata, quæ est, *non intelligere quod omnes intelligunt*. *l.* 213. §.*ult.l.*223 *pr. de V.S.* Secunda, quæ *Levis* vocatur, est omissio diligentiæ, quam *bonus paterfamilias suis rebus præbere debet*. *l.* 33. *pr. de admistr. tut.* Tertia est, *Levissima* culpa, qua tenetur is, qui non adhibet *exactissimam diligentiam*, ita ut *alius diligentior rem custodire potuisset. l.*1. §.4. *de O.& A.*(2) Et hic summus gradus per excellentiam sæpe *diligentia* vocatur. *l.* 5. §.2. *ff. Commod. l.* 23. *de R. J.* Culpa simpliciter posita de levi intelligitur. *d. l.*5. §. 2. *l.* 1. §. 35. *depos. &c.* Magna seu lata culpa in civilibus caussis, seu contractus sint, seu species contractibus affines, pro dolo habetur *l.* 226. *de V. S. l.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod. l.*5. §.15. *n. ut in poss. leg.* imo etiam ubi pœna est pecuniaria. *l.* 1. §.2. *si is, qui test.*

SCHOLIUM.

*Imo regulariter non; ob rationem a Struvio XIX.*22. *dictam, nisi expresse lex pœnam ad culpam latam extendat, ut in* d. l. 1. §.2. *ex qua adeo non formanda est regula, sed exceptio potius* ibidem *continetur*. *Struv.* d. l. n. 2.

RESPONSIO.

Quando nos culpam latam pro dolo haberi statuimus, etiam ubi pœna est pecuniaria, id ad species contractibus adfines pertinere monuimus; non ad actus vitiosos delinquentium, in quibus propositum requiritur; verum bene ad talia delicta, quæ lata etiam culpa admitti possunt, ut Struvius concedit, ubi actio est rei persecutoria. exerc.19. th.21. in fin. *Idem concedit, ut negari non potest, propter ipsam latam culpam infligi pœnam corporalem, si nempe delictum ejus generis sit, cujus etiam lata culpa reus fieri possit.* th.22. n.1. *Ideo scire velim, cur id in pœna pecuniaria, etsi delictum lata culpa admissibile sit, non æque locum habeat, maxime cum Ulpianus de ejusmodi generis maleficio agens, absolute ponat hanc regulam; culpa dolo proxima dolum repræsentat. Unde nos perperam exstruere regulam, Struvius & Scholiastes arguunt. Jam diximus, non formare nos inde regulam generalem, sed materiæ habili talium delictorum convenientem; quo sensu non possunt recusare latam culpam pœnæ locum facere, pecuniariæ inquam, qui corporali faciunt ipsi locum, sicut & textus docent in* l.3.§1. de off. Præf.vig. l.9. & l.11. de Incend. ruin. naufr. l.2. in fin. de term. mot. l.38.§.5. de pœn. l.5. ad L. Cornel. de fals. l. 12. D. & l.4.

(e) *Pos.* 7. (f) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 11. 12. *& seqq.*

(1) *Huc refer casus in* §. §. 9. & 10. h. t. *Item mores qui suspicionem negligentiæ vel doli injiciunt* §. ult. h. t. Heinn. in addit. ad Vinn. ad §. 5. h. t.

(2) *Dari tantum duas culpæ species, latæ scilicet & levis, prolixe sustinent Donell, Comment,* lib. 16. Cap. 3. *& Barthol. Chesius interpret. jur.* lib. 1. Cap. 45.

* In Saxonia curatoris consensus accedere debet. *P.* 2. *C. El.* 35.

l.4. C. de Custod. reor. A. Matth. tit. de poen. C.4. n. 11. *Ceterum, ubi de tali delicto, quod sola proæresi committi potest, agitur, latam culpam non sufficere ad pœnam, notum & certum est*. l. 7. ad L. Corn. de fic.

Sed & in causis famosis omnino;cum & juris ignorantia, quæ plus quam culpa lata esse nequit, infamia puniatur. *l.*11. §.*ult.de his,qui not. inf.* Hinc & in deposito, in quo dolus infamia punitur, culpa lata pro dolo habetur. *l.*32.*dep.*

SCHOLIUM.

Et hic contrariæ sententiæ accedo per ea quæ Struv. d. l. *Et in* d. l.11. §. fin. *iterum lex specialiter pœnam infamiæ ad culpam extendit, vel præsumpsit in allegante ignorantiam juris adfuisse dolum, quæ præsumptiones etiam in aliis legibus occurrunt*. Vid. Not. ad Strauch. v. 38. p.54. *Quod etiam respondendum est ad* l. 32. Depositi. conf. Struv. d. l. th. 21.

RESPONSIO.

Supponendum heic iterum, versari nos in ejusmodi factis, quæ lata quoque culpa committi possunt. Si tum pœna corporalis etiam latæ culpæ applicetur, ut modo intelleximus, quanto magis infamia? Struvius exceptionem esse vult in d. l. 11. §. f. *quia lex ibi puniat factum, quod improbum esse statuit, & ignorantiam juris excusare non admittit. Atqui hæc non est exceptio, sed regula nostra; latam culpam a lege puniri pecuniarie, per infamiam & corporaliter, quoties lex ejusmodi turpe factum considerat, in quo nec juris ignorantia sit excusanda, quale etiam esse Tutoris suspecti crimen, non potest dubitari, quia contractus famosi ex causa doli sunt tales. Rursus exceptio Scholiastæ, quod in l.* 32. Depositi. *cæterisque legibus præsumptio doli latæ culpæ implicita sit, est illud ipsum, quo nostra sententia tendit, ut ex* th. sequ. apparet. *Quod igitur in Scholio ad posit.* 16. *nobis iterum contradicit, quasi nunquam tutor ob latam culpam fiat infamis, non satis,quid aut nos, aut quid ipse statuat, vidisse videtur. Nos enim tunc demum Tutorem fieri credimus infamem, quando in pupilli rebus fuit negligentior, quam in suis rebus, quia tum dolus præsumitur; aliter incolumi fama removeri. At ipsum modo tradentem audivimus, leges aliquando infamiam latæ culpæ infligere, quando adest præsumptio; quæ, nisi fallor, eodem recidunt, vel tendunt*.

N. ADDIT.

Cum ista scriberem, nondum legeram dissertationes illustris Cocceji de dolo & Culpis, qui me succincte postea docuit, quo pacto sententia contraria Autoris ex legibus breviter deducenda sit. Scil. Regula generalissima est: Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est, l. 226. de V. S. *quæ regula non solum refertur in contractibus, sed & in delictis*. l. 1. §.2. *junct*. §. ult. Si is qui test. lib. esse jussus. & *aliis negotiis,quæ restitutione damni dolum puniunt*. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. *Huic ergo generalitati tamdiu insistendum, donec appareant exceptiones, quæ quatenus in jure referuntur, eo redeunt, quatenus nempe in delictis sive publicis, sive privatis, respicitur ad pœnam malitiæ, non negligentiæ. Jam vero doceri non potest specialis ratio exceptionis in quæstione præsenti de remotione suspecti tutoris. Et Cicero* pro Roscio *aperte docet, apud Romanos etiam ob negligentiam fuisse infamiam irrogatam*. Qui rem, inquit Cicero, gesserit *negligentius*, cum majores summum *dedecus* admisisse existimabant, itaque mandati constitutum est judicium,non minus *turpe*, quam furti. *Et mox*: Ergo idcirco *turpis* hæc *culpa* est, quod duas res sanctissimus violat, amicitiam & fidem. *Et porro*: In minimis rebus *negligentia* in judicii infamiam revocatur. *Ergo jam quidem inter Autorem & me non amplius hic dissensus est*.

7. (h) Tutorem perinde ob latam culpam fieri infamem, plerisque placuit,idemque multis durum, nec verum videtur, propter oppositos terminos, *si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam*, non æque. §. 6. *h*. Fraus infamat, non *segnities, inertia, &c. l*.3. §.*ult*. *h.t*. non *negligentia*. *l. ult. C.h*. Non erit absurdum adhibere his temperamentum, quod Celsus habet in *d. l.* 32. *depos*. Si tutor in suis rebus mediocriter est diligens, tunc lata culpa in pupillaribus pro dolo habetur ac infamia punitur; quod si natura homo tam supinæ & enormis socordiæ sit, ut propriis rebus nihilo magis attendat, fraude caret, nec famosus erit, ac ita intelligemus *l*.7. §.1. *h. t*. Hæc distinctio in depositario servatur, *d. l*.32. nec potest in tutore improbari, cum utriusque eadem, quod ad infamiam, sit ratio. *l*.1. *de his qui not. infam*. Negligentiam quæ in alienis latior, quam in propriis est, si quis *malitiæ culpam* velit appellare,nihil,opinor,errabit. *arg.d.l*.32. Porro non aliter fit infamis tutor, quam si decreto adjectum sit,eum ob dolum removeri.*l*.4.§.1.*et*2.*h.t.*

8. (i) Jam id in favorem pupilli placuit, ut, cum alias nemini ante sententiam præjudicetur tutori; statim ac reus est factus, admini-stra-

(h) *Pos*. 15. & *seqq*.

(i) *Pos*. 11.

Digitized by Google

ſtratio interdicatur. §.7. *h. l.7. C. h.t.* Et quia hoc unice agunt Leges, ut graſſandi facultas tutoribus adimatur, (k) nulla eſt cauſa cur tutore mortuo accuſatio duret, cum & alia crimina morte reorum extinguantur, §.8.*h.t. l.2. & l.3.C. si reus vel acc. mort.* quin & aliis finita modis tutela, ſuſpecti cognitio ſolvitur, *l. pen.h.t.* quia tunc per tutelæ actionem pupillo poteſt conſuli. *l.3.§.6. & 7.eod.* (l) In alendo pupillo ſervatur modus a Patre præſcriptus, niſi vires facultatium excedat; tunc enim, ut ſemper alias, Prætor adeundus, qui ſic ſtatuet, ut ſemper aliquid, ſi poteſt, ex reditu ſuperſit, habita ratione perſonæ, temporis, conditionis. *l.1.§.1.l.2.ult.l.3.§.1. & 3. ubi pup. educ.* Debet autem tutor ſuggerere Prætori rationes patrimonii, aliter ipſi ſumptus immodici imputantur, *d.l.* 2.§.2. niſi ſtatum bonorum publicari non expediat, tunc enim ſuo arbitratu pupillum frugaliter alet. *l.2.C. de alim. pup.* Quod ſi lateat tutor, nec ſiſtat ſe, ut alimenta pupillo decernantur, quia is de vento non poteſt vivere, ut Alex. ait *in fin.l.3. d.t.C.* (ut lupus, *addit. gl.*) pupillus in poſſeſſionem bonorum abſentis tutoris mittitur, quod eſt unum ex *ſtrictioribus remediis*, quibus Prætor tutores ad officium cogit. Non conſequitur autem pupillus Poſſeſſionem plenam, ſed cuſtodiam, *rei ſervandæ gratia*, ut alii creditores, *l.12.quib. ex cauſ. in poſſ.* hoc etiam addito, quod bona, quæ ſervando ſervari nequeunt, (*ut jumenta ac veſtimenta*, ait Theoph. rectius liquida & fungibilia dixeris) curatore dato, diſtrahantur, §.9. *h.l.7.§.2.h.t.* haud dubie, ut pupillus tantiſper inde alatur. Tutor interim per fugam, ut *ſua ſententia*, fit ſuſpectus & removeri poteſt; ut & omnis, qui pupillo alimenta decerni non curat, *d.§.9. in fin.* excepto caſu *d.l.2. C.d. alim. pup.* Acrius a Prætore remedium decerni nequit. Si quid enim atrocius a tutore peccetur, quam ut civilis coërcitio ſufficiat, mittitur ad præfectum urbi *puniendus*, corporaliter ſcilicet τιμωρηθησόμενος, *Theoph.* & quidem εἰς σῶμα, in §.*ſeq.* ut fit in criminibus, §. 10. & Præfecti officium poſtulat *l.* 1. *de off. Pr. urb.* Prætori enim ultra modicam coërcitionem animadverſio conceſſa non legitur; *arg. tit. ff. de off. præt. l. ult.* §. 1. *de off. ejus, cui mand. l.* 1. *de juriſd.* quanquam extra ordinem publicis eum judiciis præſediſſe, de quo *alibi*, conſtat. Cauſa, quæ præfecti Urbis officium deſiderat, eſt, ſi præſens tutor falſo neget, pupilli facultates alendo ei ſufficere. *In quo mendacio ſi convincatur*, profundum id fraudis conſilium creditur, quaſi *ut prædo bonis alienis incumbere* cogitet, *l.* 3. §. 15. *h. t.* ubi ſimilis eorum pœna traditur, qui tutelam *corrupta fide inquiſitionis & miniſteriis Prætoris redemerunt.* Liberti etiam non modo ob has cauſas, ſed quotieſcumque fraudulenter liberorum patroni tutelam geſſerunt, ad Præfectum mittuntur gravius caſtigandi. §.11 *h.l.2.h.t.* Singularis enim ingratitudo hominis inæſtimabili beneficio libertatis obſtricti, *l.105.d.R.J.* exemplum extra ordinem poſtulabat.

9. (m) Noviſſime ſciendum; ſuſpectos tutores, non modo, licet ſolvendo ſint, ut dictum, ſed & ſi fidejuſſores offerant, tamen removendos eſſe, quia ſatiſdatio nec animum fraudandi, nec facultatem tollit & pupillo præſtat rem ſalvam retinere, *quam tabulas cautionis habere*, ait Ulpianus. *l.* 5. *h. t.* Quid ſi enim tutor ita dolos ſuos aſtu colat, & tam occulte furetur, ut convinci nequeat? Neceſſariam alioqui ſatiſdationem eſſe, pridem dictum, adeo, ut ſi quis ob paupertatem reperire fidejuſſorem nequeat, curator ei adjungendus, *l.6.C.h.t.* vel a tutela arcendus ſit, *l.* 2. *C. de tut. vel cur. qui ſat. non ded.* incolumi tamen fama; neque enim crimen eſt paupertas, *cujus cauſa pleriſque probitas.* ut de Abdolonymo Curtius *l.4. c.1.* *Dat* quidem *cenſus honores*, at non mores. *Multi in re non magna fidei ſunt pleni*, πολλοί τοι πλουτοῦσι κακοὶ, ἀγαθοὶ δὲ πένονται, cecinit Theognis.

(k) *Poſ.* 17. (l) *Poſ.* 8. *in fin.* (m) *Poſ.* 10.

Explicit. Lib. Primus.

LIB.

Digitized by Google



LIB. II.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

TIT. I.

De Rerum Divisione & adquirendo earum Dominio.

I. Transitus ad Res & vocis significatio. II. Divisio rerum prima. III. Altera divisio ejusque explicatio originaria. IV. De rebus Communibus. V. De Jure publicarum rerum. VI. Riparum. VII. Res universitatis. VIII. Res nullius, ubi de sacris, an possint alienari. IX. De religiosis rebus. X. Denique de sanctis. XI. Res singulor. ubi de jure in Re & ad Rem, & quotuplex sit jus in Re. XII. Dominii definitio exposita. XIII. Divisiones. XIV. De modis adquirendi in genere. XV. De occupatione; primo quæ res occupari nequeant. XVI. De occupatione ferarum. XVII. De jure venandi restricto. XVIII. Discrimina bestiarum in hac parte. XIX. De occupatione quæ fit jure belli. XX. Res in littore maris inventæ. XXI. Res pro derelictis habitæ. XXII. De Thesauro. XXIII. De occupatione missilium. XXIV. De accessione in genere. XXV. De alluvione & avulsione. XXVI. De Insula nova. XXVII. Alvei mutatio. XXVIII. De adjunctione sive intextura. XXIX. De ædificatione in solo suo, deque tigno juncto. XXX. Ædificatio in alieno solo. XXXI. Plantandi & serendi jus in alieno. XXXII. De scriptura & pictura in aliena materia. XXXIII. De Specificatione. XXXIV. De Commixtione & Confusione. XXXV. De perceptione fructuum & qui fructus a possessoribus b. f. adquirantur & quatenus de illis teneantur. XXXVI. Quatenus usufructuarii & coloni fructus adquirant. XXXVII. Traditio & ejus definitio. XXXVIII. Differentia traditionis antiquæ & novæ. XXXIX. Jus singulare in vendit. XL. An procurator tradendo alienet. XLI. Divisio traditionis. XLII. Possessio quid sit. XLIII. Divisio possessionis.

(a) POstquam de iis est dictum, quæ statum personæ constituunt, nec locupletiores nos faciunt, transit Imperator ad bona & *patrimonium* nostrum, in quo quæ continentur. *Res* dicuntur. Ait quidem JC. in *l. 1. de reb. cred. in fin.* generale esse *Rei* verbum & latius patere quam pecuniam, *l. 5. pr. de V. S.* cujus usus ad ea refertur, quæ in patrimonio sunt, cum *Rei* verbo contineantur, etiam quæ extra rationem patrimonii habentur; attamen significatio hujus vocis minime ita transcendit genera rerum, ut apud Philosophos, Ens, *Res*, Aliquid. In Jure per *Res* ea designari existimo, quæ sunt talis naturæ, ut in bonis esse possint, per *Pecuniam* autem quæ vere & actu in patrimonio sunt, *d. l. 5.* quæ Græci χρήματα vocant, & ab Aristotele definiuntur πάντα ὅσων ἡ ἀξία νομίσματι μετρεῖται, *omnia quorum valor pecunia æstimatur. lib. 4. ad Nicom. 1.* Nam etsi Res sacræ, religiosæ aliæque nec vendi, neque pretio æstimari queant, l. 9. §. *ult. de D. R.* ipsæ tamen res materialiter consideratæ sunt tales, ut & æstimationem recipere, & hominem beare & patrimonium augere possint; at quia religione aliisque hominum institutis quædam secernuntur ex usu commerciorum, ideo *Rei* vox usurpatur ad omnia tam quæ in bonis, quam quæ extra sunt; *pecunia* ad res patrimonii exprimen-

(a) *Pos.* 1.

Digitized by Google

primendum. Plane quomodo Res accipiantur indicat tractatus de rebus ejusque partitio, quæ ad duo summa capita refertur; quorum primum est *de Adquirendo Rerum Dominio*, & alterum *de obligationibus*: ut tamen præmittantur Rerum divisiones.

2.(b) Quarum Prima perhibetur, quod Res vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium habeantur. *pr.I.de R.D.* In patrimonio, seu quod idem, in bonis est, Quicquid aut peti per actionem, aut retineri per exceptionem potest. *l.52.de A.R.D.* Ideoque latius patent bona, quam dominium; nam bonis adnumeratur etiam, si quid est in actionibus, aut bona fide a nobis possidetur, quicquid nos *beat l. 49. de V.S.* Unde *beatos* Latini divites appellant. Seneca de Calvisio divite sordido, *ep.27.Nunquam vidi hominem beatum indecentius*; Et *ep. 45. Beatum appellant, ad quem pecunia magna confluxit.* Sic pater Seneca, *Insolens malum est beata uxor*, & mox, *quid aliud quam beate serviemus? 1. contr. 6.* Quod igitur in nominibus est, id non tam in debitoris, quam in bonis creditoris esse videtur; huic enim competit actio & hunc beat ditioremque facit. Hinc creditam pecuniam æs alienum dicimus, cui in *suis nummis* esse opponit Cicero *Verr. 9. a pr.* in suo ære. *l.213. §. 1. de V.S.* Scilicet: *Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt*, ett in *l.39.§.1.de V.S.* Quod igitur quidam, etiam Giphan. *hic*, in bonis esse & in dominio promiscue accipiunt, tantum a vero abest, ut non modo in bonis multa sint, quæ non sunt in dominio, *d.l.49.* sed & quædam in dominio, quæ non sunt in bonis, habeantur, ut æs alienum, cujus dominium satis constat penes debitorem esse, cum in bonis non sit, ut dictum. Patrimonium tamen aliquando strictius pro Dominio accipi videtur, ut in *l.9.π. Rem. pup. salv. Non solum quæ in patrimonio habet, sed etiam quæ in nominibus sunt.* At hoc loco verius est latius sumi; unde Theoph. patrimonium vertit δεσποτείαν τε καὶ περιουσίαν, *dominium & substantiam*. Cum verba, ut termini artis distinguuntur, strictius sumi solent, sed populariter eandem rem dicit qui nominat *bona* sua, vel *pecuniam*, universitatem suam, vel *omnia sua*, vel *patrimonium*, *facultates*, familiam, vel quicquid habet, aut censum & fortunas suas, *substantiam* suam, imo & peculium ὑποκοριστικῶς patrimonium significat, *l. 14. & seqq. ad Sc. Trebell.* quin aliquando dominium æque late usurpatur, *l.70. §. ult. de V.S.* de cujus proprio usu mox amplius.

(b) *Pos.* 2. 3. (c) *Pos.* 4.

Extra *patrimonium* sunt quædam, quia in commercio esse nequeunt, ut res *sacræ*, *sanctæ &c.* quædam ob defectum domini, ut res non dum occupatæ, *derelictæ* & res hereditatis *jacentis*. *l. 1. de D.R.* Medii generis res, quæ nec sint in bonis, neque extra bona, proprie nullæ sunt. Nam quod servitutes hujus naturæ dicuntur in *l. 1. de usufr. leg.* alium recipit sensum. Neque enim de servitute constituta id affirmat Paulus, quæ sine dubio est in bonis, cum actionibus petatur, *§. 2. de Action.* sed acute docet, eum, qui servitute non præexistente, usumfructum servitutis legat, non legare usumfructum rei, quæ in bonis est, cum nulla fuerit constituta servitus, neque ea tali legato stabilitur, quia usufr. id est servitus servitutis esse nequit; verum neque extra bona servitutem ita consideratam esse ait; cum enim dominus per suum fundum ire possit, actumque & viam omni die constituere, si velit; non videtur posse dici, viam, actum, iter, esse extra ejus bona. Scil. neque in bonis est, quod prorsus non est, neque extra bona, quod semper in *potentia* est ut sit. (1)

3.(c) Secunda divisio, Res sunt *Communes*, *Publicæ*, *Universitatis*, *Nullius aut Singulorum*. (2) Tertia, *Res corporales sunt, vel incorporales.* Membra prioris divisionis ut bene intelligantur, paulo altius repetenda res est. In dissipatione Gentium, divisis terris, quæque societas regionem commodam occupavit; (nam terminatam prius & solemnem factam esse partitionem terræ a liberis Noachi, merito, ut vix probabile, displicet Bocharto, *1. Geogr. sacr. l. 1. c.16.*) stabilito primum imperio Reipubl. sine quo nihil recte geri poterat. Hinc omnia, quæ sunt intra fines cujuscumque Reipubl. quod ad jus imperii, sunt Principis, vel qui alius habet summam potestatem. Inde ad privata se contulerunt: Et de rebus quidem mobilibus, quæ jam singulorum factæ, laborandum non fuit. Nam a primis rerum initiis divisionem occupationemque ab hominibus institutam fuisse, mox videbimus. Igitur agros partiti sunt; & quæ præterea a singulis sine incommodo

(1) *Pro explicatione* L. 1. de usufr. leg. *vide Noodt probab.* lib. 1. Cap. 1.

(2) *Pro intellectu hujus divisionis consule rursus Noodt probab.* lib. 1. cap. 7. & 8. *Item Auctorem part. 1. digress.* lib. 1. cap. 1.

modo universorum teneri poterant; hæc est *occupatio per fundos*, ut Grotius *l.* 2. *c.* 2. §. 4. Unde natæ Res *singulorum* & dominia privata; supra quod tamen excellit Jus, ut diximus, Reip., quod hæc ad communem utilitatem in res actusque singulorum retinet; quo dominium quidem privatum non tollitur, nec premitur, sed restringitur & ordinatur. Unde dominium *eminens* vocatur, de quo Plinius *Paneg. Et quid Cæsar non suum videat?* Et distincte Symmachus *l. X. ep.*54. ad Cæsares, *omnia regitis, sed suum cuique servatis*, ait; verum quæ terminata comprehensione occupari non poterant, ea vel prorsus non attigerunt, sed in originali statu reliquere, *ut primum a natura prodita sunt*, *l.*14. *de A.R.D.* unde res *communes*, ut mare & litora; vel si absque periculo Reipubl. exteris concedi non possent, usum quidem communicarunt, sed proprietatem Reip. addixerunt, unde *publicæ* res, ut flumina ac portus; item montes, sylvæ aliaque inculta & vacua locorum, quæ per universitatem a populo occupata censentur. Quia autem magnæ nationes nec loco uno, nec simplici societate contineri queunt, sed in plures conventus inferiores distribui oportet, hinc Universitates natæ; quas cum sine pecuniis exercere non liceat, nec privati de suo lubenter conferant, opus fuit Rebus *universitatum*. Porro metus Numinis, qui universos mortalium animos insedit, quasdam res promiscuis usibus suasit eximendas atque consecrandas. Unde Res *sacræ*, *sanctæ*, *religiosæ*, quæ communiter *Nullius* dicuntur. Hæc ratiocinatio ostendit, divisionem *secundam* in Res Communes, Publicas, Universitatis, Nullius aut Singulorum, defluxisse ex immediato *Jure Gentium* & naturalem habere sequelam, etsi membra hujus divisionis poterant per διχοτομιαν succinctius ordinari, ut fecit Cajus in *l.*1.*de R.D.* duo summa tradens genera in Res Divinas & Humanas, ac inde cæteras, ut videbimus in *tit. ff. de Divis. Rer.*

4. (d) Nos *Justiniani filum* sequemur, definitaque partitione prima, Species secundæ explicemus. Igitur primo Res *Communes* sunt, quarum jus ex æquo ad totum genus humanum pertinet, non modo *negative*, ut alii, sed & *positive*; mox enim cum ipso genere humano hoc jus natum & fundatum est; sed Res *nullius* plerumque vocantur, §.5.*inf.h.* quia in potestatem singulorum non sunt redactæ, vel quia non possunt, ut *aer & mare*; vel quia non contigerit, ut feræ, volucres, pisces, aqua profluens &c. quæ sunt nullius, sed possunt omni die proprietatem recipere, unde Paulus in *l.*51. *de contrah. empt.* res communes sive nullius eleganter dictas ait, quia *omnibus vacant*; quod respectu proprietatis *negative*, ut dictum, respectu usus *positive* intelligi potest, ut exemplo litorum explicatur in §.5.*h.t.* ubi usus eorum dicitur publicus, cum tamen dicta sint communia in §. 1. Sed vox *publici* idem illic quod commune significat, ut patet ex verbis, *juris gentium, sicut & ipsius maris*; & ex *l.* 14. *de A.R D.* Commune est litus, non solum usu, sed & potestate occupandi aliquam soli partem ædificando. Id autem dubium non est, quin unaquæque Respubl. jus imperii in litora terris suis adjacentia extendat, eoque sensu litora populi non male esse dicantur. *l.*3. *pr. Ne quid in loco publ.* Ideoque & Prætoris venia ad ædificandum est opus, ne sibi mutuo incommodent & turbæ oriantur. *l.* 50. *de A. R. D.* Sed quid est litus? Quo hybernus fluctus maximus excurrit. §.3.*h.* Aquilius apud Cic. in Top. *Eludit* habet; *Alludit* Quintil. *l.*5. *c. ult. Pervenit l.*96. *de V. S. Exæstuat l.*112. *eod.* Quod verbum, ut & *eludendi*, satis indicat, non intelligi hoc de enormi exundatione, quales in Oceano plenilunium, aut tempestas major excitat, aliquando longe lateque in agros cultos, sed de ordinaria, vel non insolita. (3)

SCHOLIUM.

Sed ex his exemplis, aëris, maris, ferarum, nulli competere hodie definitionem rerum communium ostendi, ut puto, ad Strauch. VI. 2. pag. 56. & seqq.

RESPONSIO.

Notas Scholiastæ ad Strauchium heic locorum habere non potui; ideo cum nec rationes ejus examinare possim, remittam meum lectorem, bona cum venia ad libr. IV. Digress. cap. 11. & seqq. *ubi copiose de his rebus actum.*

N. ADDIT.

Nobis autem non incommodum videtur, istam notam ad Strauchium hic apponere, ut eo melius lector, quæ ibi dicta sunt, possit conferre cum dictis ab Autore in Digressionibus. Ita vero tum senseram: *Et aër, & aqua profluens & mare, & per hoc litora maris, & feræ bestiæ, hodie in dominio sunt, eorumque usus omnibus hominibus non est communis. Nam* (1) Aër, quoad

(d) *Pos.* 5.

(1) *Legi hic meretur Joseph. Averanius interpret. lib.* 1. *cap.* 10.

Digitized by Google

quoad usum, quem hominibus praebet, semper considerari debet ut accessorium terrae, aut aquae. Ergo si forte terrae quaedam, aut aquae portio inhabitata sit, aut nondum occupata, iste quidem aër, qui supra illam terram aut aquam existit, hactenus res communis erit, ut a quolibet una cum terra, & aqua, occupari queat, reliquus vero aër omnis, qui est supra terras, vel aquas occupatas, ejusdem conditionis est, cujus est ipsa terra & aqua, h. e. in dominio, sive Principis, si aërem spectes, qui est super integro territorio, de quo forte minus erit dubium, sive etiam privati, si scilicet aëris istam particulam consideres, quae est super fundis privatorum. Inde enim est, quod quilibet naturaliter aedificare possit in coelum usque. Inde est, quod in muro meo alterius aream attingente, sine servitute protegendi projiciendique, non possim extruere moeniana & suggrundia. (Ercter und Wetter-Dacher.) *Inde est, quod jus Sax. hanc rationem naturalem spectans dominium ramorum arboreorum ei attribuat, in cujus aëre pendent, etsi in alterius fundo positae sint arbores, aut ibi etiam radices agunt contra rationem Juris civilis*, §. 31. Inst. de R. D. vid. Nor. in addit. ibid. (2) Aqua profluens, *quoad proprietatem erit utique ejusdem naturae, cujus est flumen ipsum, praeprimis cum essentia fluminis magis in aqua profluente consistat, quam in alveo.* arg. §. 33. Inst. de R. D. *Flumen autem vel publicum, vel privatum est, h. e. vel. in dominio reipublicae, vel in dominio privatorum, pariter ergo & aqua profluens fluminis erit vel res publica, vel singulorum.* (3) Mare *quod attinet, huc spectat illustris controversia, quae de Dominio in mare inter Grotium & Seldenum intercessit, quorum ille* in tract. de mari libero, *mare nec occupatum esse, nec occupari posse; alter in libello* de mari clauso *utriusque contrarium, adstruere conati sunt, uterque ex amore popularium suorum, Batavorum & Anglorum, inter quos tum temporis controversia illa ventilabatur. Sed Seldeni opinio calculum eruditorum meruit, eamque latius illustravit Autor noster* (Strauh.) in diss. de imp. maris. *Ergo & mare ex catalogo rerum commun. exemptum est, & quamvis quaedam Oceani partes adhuc incognitae sint, ac Principes alias ejusmodi partes occupatas iterum dereliquerint, hae tamen primis occupantibus cedent.* (4) Litora maris *sine dubio ex natura sua ad res pertinent publicas. Quod vero Imperator eas inter res communes referat, ideo videtur factum esse, quia in erronea opinione fuit, nec mare, nec per hoc litora maris, (quia scil. mari subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur,* l. pen. ff. de R. D.) *occupari a quoquam posse. Nos vero meliora edocti, mare, & per hoc litora maris, in dominio esse scimus. Jam, quod* usum aëris, aquae profluentis, maris & litorum maris *concernit, concedo, nos usum innoxium earum rerum aliis hominibus debere concedere, sed non alio respectu atque aliarum rerum, quae sub dominio nostro sunt: determinatio autem usus, an sit innoxius, an non, numquam penes eum erit, qui ipsum postulat, sed penes Principem aut privatos, qui maris, ejusque litorum, aquae profluentis & territoriorum aut fundorum, quorum accessorium aër est, sunt domini. Inde si Princeps exteros permittat in territorio suo degere, aut privatus concedat alteri in fundo suo commorari, aëris haustum quidem non poterunt prohibere, utpote sine quo nemo potest subsistere; nec facile, & absque peccato, aquae haustum, cum haec utilitas sit omnino innoxia: quo refero illud vulgatum Latonae apud Ovidium:*

Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est.

At si exteri transitum per territorium Principis postulent, aut alius in fundo privato spatiari cupiat, nec Princeps, nec privatus, caeteris paribus, obligati sunt, ut, si nolint, id permittant, etsi utrobique certa promissio fiat, nihil nisi aërem, aut aquam, gratis haurire velle eos, qui transitum, aut spatiandi potestatem postulant, cautioque offeratur de indemnitate in reliquis praestanda, (quicquid hic in contrarium proferat Grot. l. 2. de J. B. & P. c. 2. §. 13.) *imo ne quidem obligatos eos esse arbitror, ut transitum, aut introitum postulantibus rationem exprimant, cur illos nolint admittere, cum quilibet rerum suarum moderator sit & arbiter, ac consequenter de earum usu aliis concedendo pro lubitu queat disponere, in tantum, ut si possibile esset, de quo Mathematici disputant, inveniri ejusmodi perpetuum mobile, cujus ope homines per aërem quasi navigare valeant, tamen Princeps, aut privatus, non teneantur inviti hoc permittere, non magis atque privatus cogi potest, ut vicinus in ipsius aërem moeniana immittat, quanquam utrobique forte nullum damnum alteri appareat, quod per ejusmodi navigium aut emissionem ille incurrat, in cujus aëre fiunt ista. Quoad* mare & litora *ejus, nostri Principes, uti absque peccato certis ex causis quibusdam navigationem per mare interdicere poterunt, ita poterunt quoque ejusmo-*

ejusmodi personis prohibere, ne casas ponant in litoribus maris, aut retia ibi siccent, imo & contra facientes punire, modo tamen iis parcant, qui non ex proæresi, sed citra voluntatem, per tempestatem & naufragium ad litora appelluntur. Si vero navigationem per mare concedunt Principes, consequentia quoque navigationis, quæ in utilitate innoxia sunt posita, utpote casæ extructionem, retium exsiccationem concessisse videntur. Hæc ergo omnia, quæ hactenus allata sunt, aliter forent decidenda, si aër, aqua profluens, mare & litora maris essent res communes. Tunc enim cuilibet homini permittendum foret aërem nostrum & aquam profluentem pro lubitu haurire, in mari pro lubitu piscari & navigare, litoribus maris pro lubitu uti: Atque, si communis hic usus denegaretur, denegantes coërceri possent, si privati sint, per actionem competentem, si principes aut populi, per bellum, ut in usurpatione juris sui neminem impediant. (5) *Restant* feræ bestiæ, *quas hodie in dominio principis esse, firmiter arbitror, qui & earum venationem aliis pro lubitu hodie concedit. Non ergo quisquam, cui id a Principe non permissum, usum venationis, tanquam rei communis, prætendere poterit.*

5. (e) *Publicæ* res dicuntur, quæ sunt in patrimonio populi Rom. usu autem omnium hominum, §. 2. 4. & §. *h. t. l.* 5. *de D. R.*

SCHOLIUM.

* *Imo potius eorum, qui sunt de illo populo libero, vid. not. ad Strauch.* VI. 3. p. 60.

RESPONSIO.

Populus, vel summa potestas cujusque populi, semper est arbiter & moderator Publicarum rerum: sed usus innoxii fluminum, portuum atque riparum, non modo civibus, sed etiam exteris patent, juxta illud Latonæ ad inhumanos agricolas satis notum:

Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est.

Idemque Justinianus in d. §. 4. *docet. Aliquos tamen usus majori cum libertate civibus concedi posse, non negem. Sed vide hac de re* part.2. Digress.libr.2.cap.1. *ubi prolixe egimus de novella opinione, quæ nullum vult esse discrimen inter res communes & publicas, jure civili.*

N. ADDIT.

Sed usus innoxii fluminum non sunt usus primarii, & quoad usus innoxios etiam valet dispositio populi. Inde facile excipi potest adversus ea, quæ hic respondet Autor, si modo apponatur nota ad Strauchium, citata in Scholio. Dixeram: *Quoad definitionem rerum publicarum, duæ interpretum sunt opiniones; & quoad* proprietatem *quidem in eo conveniunt, quod res publicæ sint in patrimonio populi.* Quod vero usum *concernit, alii rerum publicarum usum etiam omnibus hominibus putant esse communem, ut Autor hic: Alii tantum communem esse arbitrantur omnibus, qui sunt de illo populo. Quoad mentem Justiniani, utraque opinio textibus quibusdam juris nititur. Et auctoris sententiæ quidem maxime favere videtur* §. 4. Inst. de R. D. *verbis:* usus publicus est, *junct.* § 5. Inst.eod. *verbis:* usus publ. *Quoad rei veritatem vero sententia Auctoris non subsistit. Nam jamdudum ostenderunt eruditi, principem non esse obligatum ut cuilibet peregrino permittat in fluminibus, portis, ripis, viis publicis (quæ sunt exempla publicarum rerum) navigare, piscari, iter facere, (in quibus consistit usus harum rerum præcipuus) quamvis hic iterum dissentiat Grot. l.* 2. c. 2. §. 13. *Imo ne omnibus quidem de populo ita communis est usus harum rerum, ut a Principe aut Magistratu, non possint quidam ab isto usu arceri, præprimis, si piscaturam aspiciamus. Hodie enim, quamvis videamus quotidie apud nos permitti arundine in flumine publico piscari, aliis tamen instrumentis, v.g. retibus piscari, cuilibet non licebit. Et hactenus recte scribit* Schultz. in Synops. ad tit. de R.D. lit.b. *jus piscandi multis seculis in totum exolevisse, cum piscationem fluminis publici, aut Magistratus loci per quem flumen decurrit, aut accolæ fluminis publici, sibi vindicent.*

Porro Respubl. dominium duplex habet; unum eminens, alterum proprietatis. Illud in omnes civium res, hoc in iis, quæ a nullo privato tenentur, sed ad Rempub. immediate pertinent. Atque hæ res duorum generum esse videntur; quarundam proprietas ad Rempubl. sed usus ad omnes ac singulos spectat, ut sunt *flumina & portus.* §. 2. *h. t.* Aliarum usus etiam pro Republ. comparatus est, ut nihil inde lucri ad singulos pertingat, nisi quatenus membra Imp. sunt. Tale est *Ærarium*, *Fiscus*, Fundi, omniaque bona, quæ dicuntur *Reipubl. arg. l.*16. *d. V.S. l.*2. §.4. & 5. *Ne quid in loco publ. l.* 3. §.*pen. de jur. fisc.* Sed de priori genere hic tantum agitur, nec plura numerantur publica, quam portus & flumina; *pene omnia* habet *l.*4. §.1. *de D.R.* torrentes enim χειμάρροι, hyemales

(e) *Pos.* 6. 7.

Digitized by Google

les fluvii, qui æstate arescunt, agris cedunt: *l. 1. §. 2. & seqq. de flumin.* Perennes sunt publici, quibus est τὸ ὕδωρ τὸ ἀέναον, *aqua* perennis, ut Theoph. ita aquam profluentem vocat, quæ communis est & a flumine differt; unda nempe, quam flumen volvit; Florus *amnem* dicere audet, *l.1. c.1. Tiberinus amnem repressit*, Tiberinus enim est ipsum flumen, *d.l.1.c.4.* in portu fluminibusque jus piscandi commune est, ait Imp. *in §.2.h.t.* Receptum tamen videtur, ut si quis in diverticulo fluminis solus longo tempore piscatus sit, hic alios in eodem diverticulo prohibere possit, *l. 7. de diverſ. temp. præſcr.* quanquam alioqui præscriptio in locis juris Gentium cessat, ita nempe, ut tempore impleto, irrevocabile eorum jus adquiratur, aliarum instar rerum; Quam primum enim desierit piscari, publicum piscandi jus reviviscit, & hoc sensu capiendam esse *l.45 pr. de usucap.* exemplum ædificii in litore ostendit, nam diruta domo, solum antea privatum denuo fit commune, *d. princ.* sed absque hac quasi possessione, nemo alium prohibere potest in mari, vel flumine piscari, ne quidem ante fores suas citra injuriam. *l. 13. §. ult. de injur.* Moribus hodiernis, piscandi jus in mari Oceano commune, ut mox *latius*; in sinu maris, est publicum, competens omnibus ex populo, cujus est ille sinus. In fluminibus magis est restrictum; hamo pisces ducere cuivis licet, non aliis instrumentis. Grot. 2. *manud.*4. Apud nos tamen laxior hujus rei facultas relicta est, & in fluminibus lacubusque publicis promiscua est piscatio, modo species non destruantur, cui rei leges dictæ *l.4.Statut. Friſ. tit.* 7. Nisi consensu quoque accolarum certis personis, aut prædiis piscandi jus tributum fit, quæ vicissim aliud onus, reficiendi pontes, aut simile quid, receperint, ut frequenter apud nos fit.

6. (f) Non ut litora jus maris sequuntur, ita ripæ ejusdem sunt juris cum fluminibus. Etsi enim *usu* sint publicæ, ut exponitur *§.4.h.* & capienda est *l. 3. de flumin. proprietas* tamen est privatorum, qui proxima habent prædia, quatenus ripis contigua sunt, *d. §.4.h.l.5. de D.R. l. 30. §.1.* de *A R.D.* Ripa autem non pro extrema alvei *crepidine*; nam hæc pars fluminis & dominii publici est; sed pro parte adjacentis terræ accipienda, ut ex *§. 4. h. & d. l. 5. h. t.* colligitur, cum arbores in ea nasci, onera inibi deponi dicantur. Proinde quod habetur in *l.1.§.5. de flumin.* ripam esse *id*, *quod flumen naturalem cursus sui rigorem tenens continet*, laxius accipiendum cum Paulo in *l. 3. inf. eod.* qui ripam *cedere* ait, *ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam*. Frustra igitur Hotom. *ad hunc §. 4.* ripam ejusdem plane juris cum flumine & alveo, tanquam alvei partem, esse vult.

7. (g) Res universitatis ut intelligamus quid sint, definienda universitas. Wesenb. *tit. D. Quod cujusque univerſ. §.2. est*, ait, *Hominum in civili societate viventium communitas*; sed quia hæc verba liberam quoque Rempubl. comprehendunt, ideo addit, *qualis est in oppidis & pagis*. Sed quorsum tunc collegia & ἑταιρίαι, quæ *societates* dicuntur in *l.1.d.t.* ac etiam universitates sunt, ut ex *eod. tit.& l. 10. §.4.de in jus voc.* liquet? Facilius species inveniuntur universitatum, quam definitio. Videtur negative definienda universitas, Civilis hominum societas, quæ nec familia, nec libera sit Respubl. ut collegia Artificum, Studiosorum, quæ Academiæ, vici, pagi, Jurisdictiones, civitates seu municipia; quæ sæpe quidem Respubl. vocantur, *d. l. 10. §. 4. & passim*, at subordinate & analogice; nam proprie Respubl. dicitur, quæ libera & nulli subjecta est. Ita & bona universitatum publica dicuntur in *l.17. de V.S.* publica municipii, *l.38. de negot. geſt.* sed abusive *l.15. de V.S.* Nam pari jure cum privatis utuntur. *l 16.inf.eod & l.81.de furt.* Universitatis igitur res sunt non tantum theatra, stadia, *§. 6.* sed & alia quævis bona ad corpora, quæ diximus, pertinentia. Quæ sunt universitatis, singulorum non sunt, *§. 6. h. l. 6. §. 1. de D.R.* unde a Cajo *Nullius* dicuntur in *l.1. eod.* Quod autem Ulpianus inter res singulorum Universitatem refert, *l.1. de interdict.* id de universitate non hominum, sed rerum, ut est hereditas, accipit. Verum Res municipii non sunt singulorum civium; effectum id in servo & liberto præbet. *l.1.§.7.de quæſt.l 10.§.4.de in us voc.* Item *l.7.§.1. Quod.cuj. univerſ. Quod universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*. Senec.*6. de benef.* 20. *Si quis Patriæ meæ pecuniam credat, non dicam me illius debitorem, nec hoc æs alienum profitebor, aut Candidatus, aut reus*, (de sensu ultimorum verborum vid. Lipſ. *ibid.*) Proinde in lite universitatis non prohibentur esse testes, qui membra ejus sunt, quasi in propria causa, contra *l. 10. de test.* modo singulorum pecunia-rie

(f) *Poſ.* §. 9. (g) *Poſ.* 10. & 11.

rie non interfit. Monarc. *ad l.6. de D.R. & l.3. C. de test.* Quod in causa crediti debitique futurum est, si, ut Seneca tradit, cives singuli ad *exsolvendum æs* alienum Reip. *portionem suam dabunt; non tanquam pro patria conferentes*, ut dixerat *in fin.cap.*19. quæ non est hujus loci quæstio. Adde quæ dixi ad *tit. ff. Quod cuj. univers. nom.*

8. (h) Res *Nullius* dicuntur aut *negative*, ut sic loquar, aut *privative*. Isto modo, quæ necdum habent dominum, at semper habere possunt, ut de communibus dictum: privative, res quæ non possunt esse alicujus, ut res sacræ, religiosæ & sanctæ, quæ sunt omnes divini juris §.7.*h.*hominumque exemptæ commercio.

SCHOLIUM.

An omnium, an saltem privatorum? Si illud, mox ostendetur contrarium. Si hoc, non justa est oppositio; nam inter res communes mare v.g. *a privatis non potest occupari.*

RESPONSIO.

Oppositioni firmandæ dicam, res sacras utique omnium commercio esse exemptas, jure civili; tametsi Respublica, ut erat Romæ, forte consecrationes retractare potuerit, apud Judæos non poterat; verum sufficiat heic dixisse, res sacras, religiosas, & sanctas privatorum commercio esse exemptas, nec inde laborat oppositio rerum nullius in utroque sensu; quod scil. res nullius negative *a quolibet adquiri possint. Atqui mare, ait Scholiastes, est e rebus nullius negativo sensu, & tamen a privatis occupari non potest. Quasi exceptio regulam everteret; opponimus Res nullius diverso sensu inter se, plerasque, ita ut res* Negative *Nullius, ab omnibus occupari possint, quia nempe sunt occupationis capaces, cujusmodi mare non esse, diximus antea.*

N. ADDIT.

Sed hic modus regulam tuendi, eam facit ridiculam. Regula est; quicquid nullius est, cedit occupanti. Explicatio regulæ: intelligitur de rebus communibus, sed nullius negative. Opponitur; atqui mare est res communis & tamen non cedit occupanti: Respondet Autor; regula valet, si res sit occupationis capax: Ergo sensus regulæ hic erit: Quicquid est res nullius, cedit occupanti, si nempe cedit occupanti. Quis tales regulas juventuti inculcaret?

SCHOLIUM.

Has omnes (intelligit res sacras, sanctas, religiosas) *esse in dominio Reip. ostendit in notis ad Strauch.*VI.5. pag.61. & seqq. *Et quamvis profanari non debeant res sacræ, tamen a negatione usus omnimodi, ad negationem dominii non valet consequentia.*

RESPONSIO.

De dominio Reipubl. in res sacras & sanctas nolim heic litigare; quia sufficit, quod diximus, has res commercio exemptas dici, respectu privatorum; sanctas res hodie a publicis non differre, in positionibus *ipse collocavi, & dicetur infra disertius. Sepulchra nec jure civili, nec hodierno publica dici possunt, quia ad privatos spectant, olim usu, hodie quoque proprietate, suntque in commercio omni die.*

N. ADDIT.

Etsi vero sic facile conveniat cum Autore, manet tamen lis cum jure Justinianeo, quod res divini juris sint extra commercium omnium hominum. Igitur cum Autor tum non habuerit ad manus locum allegatum in Scholio, melioris declarationis ergo hunc apponamus. Dixeram: *Res divini juris in commercio reipublicæ esse, nullum est dubium, quia videmus alienatis rebus profanis, &* v. g. *integris municipiis, simul alienari templa, sepulchra & muros. Adeoque conveniunt cum rebus publicis, quoad proprietatem, uti & res ecclesiasticæ, quæ quomodo a rebus sacris differant*, vid. *Struv.* exerc. 31. th.71. *Forte ita dici posset: Res publicæ sunt vel profanæ, quarum usus spectat ad singulos de populo, ut flumina, &c. vel non profanæ, quæ iterum, vel sacræ, quarum usus spectat ad cultum divinum, vel ecclesiasticæ, quarum usus spectat ad ministros Ecclesiæ, &c. vel religiosæ, quarum usus est in sepeliendis mortuis, vel sanctæ, quarum usus spectat etiam ad singulos, ita tamen, ut iis non debeant abuti. Ita secundum hypothesin, quod religiosæ, & sanctæ res sint juris divini, moribus Christianorum res sanctæ potius inter profanas referendæ forent:*

SCHOLIUM.

Ad verba, quod res nullius dominum semper habere possunt. *Ergo & mare, inquit, redigi poterit in dominium, quod tamen in Digressionibus negat.*

RESPONSIO.

Innocua captio; dixi, res nullius, etsi non sint in dominio, semper tamen in dominium redigi posse. Mare tamen, ut erat res, excepimus, quia non est res dominii & occupationis capax, ut in Digressionibus lib. 4. a cap. 11. *demonstravimus.*

(h) * *Pos.* 12. 13. *& seqq.*

N. AD-

N. ADDIT.

Sed ex modo dictis jam patet, responsionem hanc non tollere vim objectionis, sed regulam, quod res negative nullius cedat occupanti, per istam exceptionem de mari ridiculam.

Res porro Sacræ dicuntur, quæ rite per Pontificem Deo sunt consecratæ, §. 8. *h. a Principe*, additur *l.9.§.1. de D. R.* Quia post mortem *M. Lepidi* Triumviri & Pontificis Max. Augustus & posteri Cæsares Pontificatum cum Principatu junxerunt, Sueton. *in Octav. cap.*40. Unde apud Tacit.3. *Ann. c* 58. *Nunc Deum munere summum Pontificum etiam summum hominum esse*. Ratione igitur causæ efficientis omnia sacra publica, privata nulla, *d.*§. 1 *l.9.h t.* sed hæc profana censentur. Unde Cicero quod sibi fanum privatim dicabat, *quasi consecratum* appellat.12.*ad Att.*19.& 35. Quædam tamen sacra dicuntur privata, ratione finis & usus, ut sunt ædes deorum in fundis privatorum, quibus familiæ certæ ad sua gentilia sacra utebantur, *l.* 9.§.1.*ad L.Jul.pec.* quæ pariter cum fundis vendi poterant, *l.* 24. *de contrah. empt.* ita & domestica erant sacra Larium & penatium, de quibus in *l.* 1. *de rit. nupt.* Unde in XII. Tab. *Sacra privata perpetuo manento*. adde Fest. *in voce, sacra*. Macrob. 1. *Saturn.* 16.Cic. *de harusp. resp.* Sunt autem res sacræ aut vere tales, quæ proprie consecrantur & instrumenta sunt cultus divini, vel *quasi* sacræ, non eo sensu, quo dixit Cicero, sed quæ adjuvant & sustentant potius divinum cultum, quam immediate ei inserviunt. Prioris generis sunt templa, altaria, donaria, vasa sacrorum; posterioris, prædia & bona Ecclesiastica. Sed vere sacra, præter verbum *Dei* & sacramenta, in professione *Novi Test.* nulla dantur, quia consecratio procul dubio est inter cæremonias, quæ a Servatore nostro omnes cruci sunt affixæ, *Col.* 2. *v.* 14. (4)

SCHOLIUM.

Imo habent consecrationes, a quovis ministro verbi divini, jussu Principis, exercendas, Struv. III. 70. *Strauch.* VI. 5.

RESPONSIO.

Videtur esse εὐδιάβλητον *quod diximus, non esse consecrationes, neque res sacras amplius in Novo Testamento; sed mirum non videbitur iis quibus simplicitas bene cognita est Evangelii, quo carnalis & palpabilis cultus rerum pereuntium, vel corporalium nullus est, sed tantum in spiritu & mente pura. Quæ hodie fiunt inaugurationes templorum, scholarum, rerumque eodem pertinentium, sunt instituta pia externa, sed rebus nihil characteris religiosi imprimunt, quin easdem in alios usus, ubi res tulerit, converti possent. Adeoque nihil sunt aliud res istæ, quam piis usibus destinatæ, vel si malis, sunt quasi sacræ.*

N. ADDIT.

Cum in eo sentiam cum Autore, moribus Christianis, certe in territoriis Principum Evangelicorum res divini juris pertinere ad rem publicam, facile & in eo consentire possim, quod apud nos templa sint quasi sacra, propter illam quasi consecrationem.

Proinde res Ecclesiasticæ, seu proxime, seu mediate cultui divino serviant, sunt omnes *quasi sacræ* Res piis usibus destinatæ.

SCHOLIUM.

Cum rebus sacris non confundendæ sunt res Ecclesiasticæ. Templa, vasa sacrorum sunt res sacræ; fundi reditusque Ecclesiastici, sunt res Ecclesiasticæ, *Struv.* III.71. *quasi sacras vocat Autor, & huc etiam referendæ sunt eleemosynæ, nisi has plane pro tertio genere velis habere, uti similiter de Campanis notat Strauch. d. l.*

RESPONSIO.

Si verum est, quod verissimum esse norunt Evangelici, non dari amplius bona religiosa charactere consecrationis affecta, nec adeo res vere sacras, sequitur, omnia sacris usibus destinata esse Ecclesiastica; non repugno tamen, quo minus sicut heic a nobis factum, ea, quæ cultui Dei proxime inserviunt, quasi sacra, ut templa & vasa sacra; quæ mediate serviunt, ut prædia, dicantur Ecclesiastica. Eleemosynæ domusque miserabiles sint res piis usibus destinatæ. Bona templorum etiam ab omnibus illis distinguuntur e tit. Cod. de locat. præd. Civil. vel fiscalium sive templorum.

N. ADDIT.

Et hic non dissentio. Scholium magis pertinet ad sensum Juris Justinianei & Canonici seu Pontificii. Et apud Protestantes tamen aliqua distinctio manet, quod nempe ad res quasi sacras prioris generis, requiratur quasi consecratio seu inauguratio quædam solennis, non ita ad res Ecclesiasticas.

Cæterum prohibita alienatio, tam in quasi, quam vere sacris habet locum, *d.* §. 8. *Nov.* 120.*c.*1. exceptis quibusdam causis, ut ob redimendos captivos, *d.*§.8. alendos in fame pauperes

(4) *Loquitur hic rursus auctor ex sententia illius sectæ, quæ & Traditiones & Ritus sacros cum supercilio spernit. Cæterum, hæc refellere, non est hujus instituti. Hoc tamen prætermitti non potest: Ecclesiam ipsorum, vel ipsis fatentibus, vere sacram non esse. Scio cætum fidelium ritu externo non consecrari, sed nec Verbum Dei, quod Auctor nihilominus, vere sacrum esse, recte ait.*

Digitized by Google

peret, l. 22. *C. de SS. Eccl.* & solvendum æs alienum Ecclesiæ, cui aliter pareri nequeat, Auth. *præterea eod.* Idem juris est in bonis domuum miserabilium, ut sunt orphanotrophia, nosocomia &c. *d. N.* 120.*c.*1. Strictius tamen prohibetur alienatio vere, quam quasi sacrorum; illa enim nec oppignorari possunt *d.* §.8. & l. 22. Hæc autem pignori & in emphyteusin recte dantur, *d. N. c.* 3.4. 5. 6. quæ causæ alias sub prohibita alienatione continentur. *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Cum Imperatore etiam permutari, *N.*119.*c.pen.* item cum aliis Ecclesiis, *d. N.* 120. *c.* 7. *pr.* quin & vendi possunt ob evidentem utilitatem, * velut, si quod prædium tributis supra modum sit gravatum, ut ad Ecclesiam οὐδεμία πρόσοδος, *nullus* prope *reditus* perveniat *d. N.c* 7. Enimvero etiam prohiberi potest, ne Ecclesiis res immobiles adquirere liceat, quod ob graves causas a multis Principibus factum. Ita *Niceph. Phocas* apud Zonar. *tom.*3.edixit, ἐν ἀκινήτοις τὰς ἐκκλησίας μὴ πλατύνεσθαι, *Rebus soli Ecclesias non augeri.* Prohibitæ alienationi convenit, non posse res sacras in usus profanos converti. Neque enim alia prohibitæ alienationis est causa, ut ex citatis liquet textibus. Consecrationis character perpetuus & indelebilis est. *d.* §. *in fin.* 8.*h.t.* Etiam causa, per quam res ad pios usus destinantur, perpetuum habet effectum, Domini voluntas rem Deo & Ecclesiæ addicentis. Quod in homines transfertur, nullo tempore iis aufertur, nec a Principe jus suum cuiquam adimi potest, ut alibi dictum: proinde nec Deo, neque Ecclesiæ. Sed quod Pagani suis diis consecrarunt, cum sit Diaboli proprium, ut Apostolus testatur; merito in Fiscum redigitur, vel iis cedit, quibus Princeps concessit, seu privatis, sive Ecclesiæ. *l.* 5. *C. de Pagan.* Diversa haud dubie ratio est eorum, quæ a Christianis, licet hæreticis, superstitionis opinione cultui divino dedicata sunt, modo fundamenta Christianæ veritatis non prorsus inter eos extincta siut, & aliquam, etsi corruptam, habeant Ecclesiam: Verum enim est, eas res tunc cultui divino esse addictas, cui subduci nequeant ob superstitiosam forte causam donationi, vel legato adjectam; constat enim, rationem legandi legato non cohærere, adeoque nec falsam, neque pravam causam vitiare legatum. *l.* 72.§.6. *de condit. & demonstr.* Recte etiam ad hanc rem citatur *argumentum l.* 16.*de usu & usufr. leg.*

(i) *Pos.* 20. & *seqq.*

9. (i) *Religiosa* loca dicuntur in quæ mortui illati sunt ab iis, qui jus inferendi mortuum habent. §.9. *h. t.* Sabinus apud Gellium *l.*4.*c.*9. Religiosum ait esse, *quod propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum a nobis est: verbum a relinquendo dictum, tamquam cæremoniæ a carendo.* Alio sensu *religiosum* dici Gellius scribit, quod ob triste omen homines *relinquunt.* Utroque sensu sepulchra possunt religiosa vocari: nam & reverenter veteres habebant sepulchra, etiam pro templis, ubi sacra fierent, ut docet Lil. Gyrald. *de diis gentil. syntagm.* 17. ac etiam in horrore quodam erant, ut quævis mortualia, quibus contaminari vivos credebant. Hinc Tiberii in Germanicum reprehensio, cum cæsos clade Variana sepeliisset: *Imperatorem auguratu & vetustissimis cæremoniis præditum, attrectare feralia non debuisse*, Tac. 1. *ann.c.* 62. hinc & Lex XII.T. *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito*; quanquam & aliam rationem Cicero 2. *de LL.* reddit. Athenis simile jus fuit, & quidem religionis causa. Scribit enim Sulpicius ad Ciceronem: *ab Atheniensibus, locum sepulturæ intra urbem ut darent*, (pro M. Marcello interfecto) *impetrare non potui, quod religione impediri se dicerent, neque tamen id antea cuiquam concessERANT. lib.* 4. *ad Fam.ep.*12. Postea ab Hadriano generaliter est vetitum sub pœna 40. aureorum, *ne quis in civitate sepeliret*, *l.* 3. §.5. *de sepulcr. viol.* ne sanctum municipiorum jus polluatur, *l.* 12. *de Relig.* quod mutavit Leo *Nov.* 53. Porro Sacra diximus omnia, quod ad causam, publica esse, sine & usu quædam privata; in Religiosis contra est, nam hæc causa efficiente privata sunt ex cujusque voluntate, §.9.*h.* quædam jure & usu publica. Tenuiores, qui hortos & agros non haberent, in suburbanis viis aliisque publicis locis sepeliebantur, ut Aggenus Urbicus tradit. Et Judæi mercedem sanguinis a Juda rursum obtrusam impenderunt agro publico emendo, εἰς ταφὴν τοῖς ξένοις, *ad sepulturam peregrinorum. Matth.* 27. *v.*7. Illato cadavere locus fit religiosus, seu toto, seu principali parte, quæ non est cor, sed caput, *cujus imago est, unde cognoscimur*, *l.*44. *de relig.* Debet autem inferri cadaver hoc animo, ut *quasi æternam sedem* habeat, ait Paulus *in l.* 40. *eod.* sedes pro sepulchro etiam ponitur, *l.*2.*C.de SS.Eccl.& ult. C. Theod. de sep. viol.* ubi, *sedes Apostolorum*, quod explicat Constantinus in *l.* 4. *C. eod. Qui* sepul-

* Ita ut apud nos Decretum Consistorii causam alienationis adprobet. v. *Art. Gen.* 21.*j.c.* 1. *d. reb. eccles. non al.* 6.

Digitized by Google

sepulcra, inquit, *violant*, *domos*, *ut ita dixerim*, *defunctorum*. Palinurus apud Virgil. *Æn.* 6. *Sedibus ut saltem placidis in morte quiescam*. Porrò, non ut æde diruta locus manet sacer, §.8. *in fin. h.* ita sepulcrum cadavere sublato, religiosum est, sed purum habetur. *d.l.*44.§.1. Transferre tamen cadaver non nisi venia a Pontifice impetrata licet *l.*8.*pr. de Relig.* etsi illatum ab eo sit, qui jure non poterat, *pr.d.l.*8.*eod.* Habet autem hoc jus, qui pleno loci dominio potitur, vel cui is hoc concesserat, sive ab initio, seu per ratihabitionem, *d.*§.9.*in fin.* non, qui proprietatem solum, vel usumfr. habet. Non socius invito socio, nisi locus jam ante sepulcrum sit, aut ei destinatus, vel denique sociorum aliquis sit mortuus, quem etiam in locum purum, invito socio, inferre licet. *d.*§.9. juncta *l.*41. *de relig.* Ex his liquet, Κενοτάφιον, tumulum inanem, ut a Virgilio vocatur Hectoreum monumentum ab Andromache structum, 3. *Æneid.* sepulcrum *honorarium*, ut Sueton. in *Claud.* *c.*1. quod cadaveris vacuum, sed in mortui honorem paratum est, non esse locum religiosum, ut a Marco Philosopho & L. Vero, minuendæ superstitionis causa, decretum est. *l.*6. §. *ult. de Relig.* Nam ab antiquis religiosum id habitum esse, dubium non est, uti recte Marcianus ex Virgilio probabat, *d. lib.* 3. *Æn.* ubi Andromache ad cenotaphium mariti *sacraverat aras*; *libabat cineri*, *manesque vocabat*. Hæc Marciani sententia refertur *in l.* 6. §. *ult. de D. R. Sed Divi fratres contra rescripserunt*, subjicitur immediate a Triboniano, verbis Ulpiani in *l.* 7.prorsus ut in *d.l.*6.§.*ult. de Relig.* quod rescriptum Marcianus ignorasse videtur; cum vixerit post Fratres divos sub Alexandro Mammeæ, ut Lampridius scribit. Inter hos textus de religione cenotaphii antinomiam esse vult A. Matth. *disp. Inst.*9. *th.*13. *& seqq.* profecto sine ulla necessitate. Nam etsi Marcianus dissenserit, Justinianus auctor Pandectarum mox eum refutat. Uno spiritu legenda sunt ultima *d. l.* 6. *de D. R.* & verba *l.* 7. Nam totus Pandectarum contextus est continuus & Justiniani proprius. Nomina JCtorum tantum præfixa sunt, ut auctoribus debita laus maneret. *l.* 2. §.10. *C. de V. J. E.* Si referam ego sententiam alterius & mox eum refellam, numquid tum ob relationem alienæ opinionis a me ipso dissentire dicar? Fatendum, multos abuti distinctione inter narrationem & dispositionem legum ad tollendas contrarietates; sed ideo non debet nunquam usurpari. dix. *lib.* 5. *Digress. c.* 4.

(1) (k) A religiosis & sacris differunt *Sanctæ*, (etymologiam vid. in *l.* 8. §.1. *de D.R.*) quæ sanctione, id est, pœnali constitutione adversus violatores sunt munitæ: nam sanctio dicebatur pœnalis clausula legis, §. 10. *h.* ubi exempla sanctarum rerum, *Muri* & *Portæ* civitatis. *l.*8. *& l.* 9. §. 3. *de D. R.* Imo Romani ἅπαν τὸ τεῖχος ἱερὸν πλὴν τῶν πυλῶν νομίζουσι, *omnem murum putant sacrum*, *præter portas*, ait Plutarchus *in Rom.* Vinnius *ad* §. 9. *h.* distinguit, quasi Jure Pontificio portæ non sint sanctæ, secus apud JCtos. Atqui Plutarchus non negat portas esse sanctas, hoc est inviolabiles, sed sacras esse negat, quia multa per eas non pura invehuntur. Puniuntur capite qui portas & muros violant, *hoc* §. 10. quod communiter ad urbem Romam restringunt, licet textus sint generales de muris civitatis, & municipales muri æque sint sancti atque Romani, *d. l.* 8. §. *ult.* sed esse aliquam inter urbem gentium dominam eique subjectas civitates differentiam, hæc tam æquo animo pati debuere, quam imperium passæ sunt. Ideoque in communi interpretatione acquiescimus; pœnam capitis de urbe Roma esse intelligendam, cujus mentio tantum fit *in l. ult. d. tit.* Moribus nostris, pœna hæc etiam fuerit extraordinaria pro magnitudine periculi atque intentionе animi, qua delinquentes usi sint. Cæterum, ipsi muri portæque sunt & habentur hodie res vere publicæ, non universitatis, quibus muri portæque pro munimentis adhibentur; quia jus muniendi ad *armandiam*, Feudistis appellatam pertinet, quæ cum ex numero sit Regalium, solius summæ potestatis in manu est; idemque dicendum, etsi civitates suo forte sumptu portas & muros excitaverint atque sustentent; hoc enim securitati suæ, cujus a jure distincta ratio, imputabunt.

11. (l) Res *singulorum* supra esse diximus, quarum nomine competit actio, uti rem amisisse dicitur, qui nullam ejus persequendæ actionem habet. *l.* 14. §. 1. *de V. S.* Actio est in rem, vel in personam. In rem, qua petimus rem nostram. In personam, qua persequimur rem nobis debitam, ut plenius ad §. 1. *I. de action.* Res nostra proprie quidem dicitur, quæ est in Dominio nostro, *l.*190. *de R.* 1. *& l.*66. *de R. V.* cujus vindicandæ jus habemus, *l.*49. *de R. V.* ita ut id, quod *suum* est, opponatur ei,

(k) *Pos.* 23. *&* 24. (l) *Pos.* 25. *& seqq.*

ei, quod in credito est, *l.* 27. §. 2. *&* *l.* 34. *in pr. de aur. arg. leg.* quanquam non raro quod *suum* est, ad ea quæ nobis debentur extendi videmus, *l.* 6. §. 6. *quæ in fraud. credit.* *l.* 96. §. 1. *de solut.* Generaliter igitur, Res nostræ *singulorum* sunt, quas actione, vel reali, vel personali persequimur. Actionis in rem fundamentum est, non modo dominium, sed latius omne *Jus in re*, ita dictum; Fundamentum personalis actionis est, *Jus ad rem*, vulgo dictum. Hæc enim recepta est distinctio inter jus in Re & ad Rem, ex Jure Canon. *c.* 8. *de concess. præb. in* 6. *&* 40. *de præb. in* 6. In jure civili hæc oppositio specierum nusquam reperitur. Jus in re memoratur quidem sæpius, at non perpetuo hoc sensu, cum aliquando tam late pateat, ut omnes causas ejus quod interest complectatur. *l.* 2. §. 22. *de Vi bon. rapt.* Sed jus ad rem ita simpliciter nusquam nominatur: quanquam docendi causa lubenter his terminis utimur. dix. *lib.* 4. *Digress. c.* 4. Sequitur hanc doctrinam Grotius 2. *manud. c.* 1. §. *ult.* quando Jus circa res dividit in *Beheering*, *en Inschult*. *Beheering* est jus in Re, quod subtilius, ait esse *Recht van toebehooren bestaande tusschen den mensch en de sacke, sonder noodig opsicht op een ander mensch.* Iterum *Inschult*, Jus ad Rem, est, *Recht van toebehooren, dat de eene mensch op den anderen heeft, om van hem eenige saeke te genieten.* Hoc exemplo nobis quoque, Jus in Re sit, *Facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam.* Unde producit actionem in rem ubicunque ea sit & contra quemcunque possessorem. Jus ad rem est, *Facultas competens in aliam personam, ut nobis aliquid det, vel faciat*, quod ideo producit actionem *in* certam *personam*, non contra tertium. Eodem modo definitur obligatio; nam qui alium habet obligatum, jus ad rem habere dicitur, ut *in loco* videbimus. Nos quinque Species Juris in re statuimus, *Dominium*, *Jus dominio proximum*, vulgo *utile Dominium*, *Hereditatem*, *Servitutem*, *Pignus*. Quod si tu utile dominium pro specie distincta dominii malis accipere, quod per me licet, recte dices, *quatuor esse juris in re species, ut est in positionibus.*

Scholium.

Imo potius unica, Dominium nempe, sub quo hereditas, servitus, pignus, commode possunt comprehendi, per tradita a nostro τῷ πάνυ Bornio differt. Inaug. de jur. in Re. *confer Auctorem supra n.* 1. *verbis*, de dominio.

Responsio.

Hæc sententia non præstat nobis hunc usum, propter quem unice terminum & species Juris in Re in Scholis recepimus, ut distincte concipere possimus fontes actionum in Rem. Quod si dominium deinde partiaris in dominium stricte dictum, hereditatem, servitutem, pignus, quid lucis aut compendii feceris dic sodes, nisi quod dominii significationem negligentiorem & confusam oculis objeceris. Ego quidem Justiniani tractatum de Rebus in pr. h. t. *in duo summa Capita partitus sum, quæ sunt de dominio & de obligatione: Sed hoc ideo, quia Juris in Re terminus Auctoribus Artis nostræ fuit incognitus, eo sensu, quo nunc usurpatur. Id non præjudicat usui Scholastico, cujus respectu me hanc de jure, quod in Re vocatur, doctrinam sectari, sæpe professus sum.*

N. Addit.

At vero facile est dicere, quid lucis aut compendii faciamus, si dicamus dominium in genere esse fontem actionum in rem & deinde dominium dividamus in dominium stricte dictum, seu rerum corporalium, & dominium juris, i. e. hereditatis, servitutis & pignoris. Idem enim hic compendii & lucis est, atque rem ex altera parte dicimus, fontem actionum in personam esse unicum, nempe obligationem, & obligationem postea dividimus in obligationem ex contractu, vel ex delicto, vel ex variis causarum figuris, i. e. ut Cajus loquitur, ex quasi contractu & quasi delicto. Si vero fontes actionum realium secundum usum Scholasticum dicimus esse quatuor, dominium, hereditatem, pignus & servitutem, quid lucis & compendii hic est? Cum nemo fontes actionum in personam similiter dicat esse tres, vel quatuor, cum tamen hic eadem subsit ratio.

Dominium, quia excellit & jus cæteris perfectius est, ideo suum nomen sæpe retinens, a jure in re separatur, *l.* 30. *de nox. act. &* *l.* 19. *de damno inf.* sub quo tamen aliquando continetur, *l.* 8. §. 1. *C. de præsc.* 30. *vel* 40. *ann.* & dicitur plena in re potestas, §. 4. *I. de usuf.* nec dubium, quin rem afficiat ubicunque sit, quod est proprium juris in Re, *l.* 23. *de R. V.* quod cum non faciat possessio, potest adeo nec fieri, ut sano sensu jus in Re esse dicatur, nihilo magis ac *Jus dotis*, quemadmodum copiose probavimus *l.* 4. *Digress. c.* 9. *& seq.*

12.

Digitized by Google

12. (m) Primum igitur ac præcipuum jus in Re, est *Dominium*, quod a Grotio definitur. *d. l. 2. c. 3. Facultas, qua quis rem non possidens, eam jure consequi potest*, quæ videtur imperfecta definitio. Plerumque dominium finitur, *Jus, quo res est nostra* (5).

SCHOLIUM.

Si Dominium in genere ita describas, nihil deficit, & res satis est clara: si vero in specie dominium corporis, addenda erit vox, quo res corporalis *est nostra. Præterea etiam hæc definitio priori videtur præferenda; quoniam definit a priori, cum illa desumpta sit a posteriori.*

RESPONSIO.

De significatione dominii generali & speciali mox videbimus. Sed ultima Ratio in Jure non procedit; rerum moralium vis & conditio maxime in effectis consistit, saltem inde cognoscitur & nusquam melius, quam in illis conspicitur; ideoque inde Juris definitiones optime & luculentissime componuntur, quæ a priori petitæ sunt definitiones, amant esse obscuriores.

N. ADDIT.

Primo Autor hic obscuram reddit sententiam Scholii nostri. Qui enim id legit, prout hic positum est, putabit ac si per priorem definitionem intelligamus definitionem Grotii, cum tamen intelligamus definitionem Mynsingeri. Ita enim scriptum erat in positione 29. ad quam istud Scholium erat adjectum. Prima species dominium, definitur, jus de re corporali perfecte disponendi, aut eam vindicandi, nisi lex vel conventio obsistat. *Mynsing. ad princ. h. t.* Alii brevius: est jus, ajunt, quo res est nostra, *minus plene & minus clare. Deinde etsi non negem, vim rerum moralium maxime in effectis consistere, æque tamen credo esse perspicuum, sive quis in definitione denominet causam efficientem, ex qua effectus oritur, (quod est rem definire a priori,) sive denominet effectum, qui ex illa causa efficiente oritur, (quod est rem definire a posteriori.) Interim etiam in moralibus definitiones primi generis creduntur esse perfectiores. Ita & obligatio definitur a priori Si definitiones a posteriori essent magis perspicuæ, obligatio definienda esset, quod sit jus rem petendi per condictionem. Atque sic nemo descripsit.*

Sed rectius & plenius Mynsingerus *pr. l. h.t.* Est *jus de re corporali perfecte disponendi, aut eam vindicandi, nisi lex vel conventio obsistat.* Dispositio *perfecta* continet plenum ac liberum administrandi & alienandi jus, quo cæteris juribus in rem opponitur; *excepta hereditate*; nam qui usumfr., servitutem, pignus habet, non nisi certum & coarctatum jus in rem habet. Quin & dominis, ut definitio indicat, sæpe legibus aut pactis administratio & alienatio aufertur, ut *infra* videbimus. Alii verbum *corporale* ex definitione eliminant, & volunt, rerum etiam incorporalium esse dominium; idque triplex statuunt *Proprietatis*, *Servitutis*, *Possessionis*, sunt etiam qui addunt, *Obligationis*. Quorum mihi sententia non potest probari, his potissimum rationibus: 1. Quia Rerum duntaxat corporalium dicimur habere dominium, *l. 4. pr. Comm. divid.*

SCHOLIUM.

Hic & sequentes textus agunt de dominio stricte dicto, ut & præsens titulus tam heic quam in Pandectis.

RESPONSIO.

Verum est, dominii vocabulum aliquando tam late sumi, ut omni patrimonio hereditatique conveniat, quomodo accipitur in l. 70. §. 1. de V. S. & l. 48. de Hered. instit. *Nec etymologica significatio dominii a domo, nihil magis hoc refugit, quam hereditatis ab hero. Sed usu notissimo juris, prævalet dominii propria significatio, qua de rebus corporalibus usurpatur. Scholiastes omnia, quæ pro definitione dominii protulimus, distinctione latioris & strictæ significationis eludit; quo etiam pertinet sequens ejus Scholium, ubi* vid. resp.

N. ADDIT.

Distinctio dominii in late & stricte dictum non est elusio. Sed isti potius videntur ludere, qui fatentur in jure fundatam esse significationem latiorem Dominii, ut ipse Autor noster id in hac responsione fatetur, & tamen illam latam acceptionem non volunt esse propriam, sed proprietatem significationis attribuunt soli Dominio rerum corporalium.

2. Quarum rerum habemus dominium, earum specialis vindicatio datur, *l. 1. l. 23. pr. de R. V.* sed hæc incorporalibus non convenit. *l. 5. §. 4. l. 6. de R. V.* 3. Res quæ sunt in dominio tradi possunt per *l. 20. C. de Pact.* Incorporalia tradi nequeunt, *l. 43. §. 1. de A. R. D.* 4. Quod potest usucapi, hoc etiam potest esse in dominio, nam usucapio est adjectio dominii, *l. 3. de usucap.* nec ullus est titulus vel causa dominii, quin etiam sit causa usu-

(m) *Pos. 29. & seqq.*

(5) *De Dominii definitione consuli meretur Barth. Chesius interpret. lib. 2. cap. 10.*

Digitized by Google

usucapionis & vice versa. Ergo hæc duo inter se convertuntur. Incorporalia autem non recipiunt usucapionem, *d. l.*43. §. 1. igitur nec dominium. 5. In titulo *de adquirendo Rerum dominio* tam Institutionum, quam Pandectarum, nulla incorporalium mentio occurrit; unde si alibi secus occurrat, id improprium sit oportet.

SCHOLIUM.

Imo, quia hic significatus in Arte non est infrequens, pro æque proprio erit habendus, uti significatio mortis & adoptionis. Aliud quippe est significatio lata, aliud propria.

RESPONSIO.

In usu terminorum Artis sine dubio spectandum est, quid Artis auctores in iis locis, ubi de quaque materia ex professo tractatur, observent. Latam & strictam adoptionis & mortis significationem diserte in iis titulis, ubi de illis rebus agunt, ipsi conditores Juris tradunt & inculcant. Idem si de dominio fecerint, haberemus quod sequamur. At si in iis locis, ubi de dominio plene & unice agunt, nullam nisi de corporalibus mentionem faciant, ut fit, non est seduli Interpretis fortuitis vocabuli extensionibus aliunde conquisitis abuti ad confusionem terminorum. Si testator in ultima voluntate sua heredem instituat dominum, ut facit in dd. ll. 48. & 70. *quia non potest aliud, quam universum patrimonium intelligere, juris consultos potius mentem ejus, quam vocabuli proprietatem interpretari manifestum est. Nos plena manu probatum dedimus, non posse ex usu Juris recte hereditatem, servitutem & obligationem, cum dominio confundi*, lib. 4. Digress. c. 6. & seqq.

N. ADDIT.

Hic initio repetendum, quod Autor ipse modo §. 11. in respons. *fassus erat, se ideo Justiniani tractatum de Rebus partitum esse in duo summa capita, nimirum de Dominio & Obligatione, quia videlicet Juris in re terminus autoribus artis fuerit incognitus. Hæc vero ratio si valere debet, exinde colligendum est* (1) *Dominium quatenus obligationi opponitur, æquipollere termino juris in Re*, (2) *& adeo Dominium hoc denotare in genere Jus actionem realem producens.* (3) *Hanc acceptionem Dominii autoribus artis non fuisse incognitam, alias enim ratio Autoris nihil inferret.* (4) *Hanc acceptionem Dominii, etsi latiorem altera, qua Dominium denotat certam Juris in re speciem, æque tamen esse propriam. Nam absurdum foret, si quis in recensendis duobus summis capitibus juris rerum, & quidem secundum terminos autoribus artis cognitos, terminis vellet uti significationem impropriam habentibus. Deinde ostendum est, qua occasione Autor deceptus fuerit post alios, ut putaret, Dominii illam acceptionem latiorem esse impropriam. Eam vero indicant ejus verba paulo ante prolata*: Quia, *inquit*, rerum duntaxat corporalium dicimur habere dominium, *l.* 4. *pr. Com. divid. Age videamus, an hoc verum sit.* Per hoc Judicium, *ait Ulpianus*, corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus; non etiam hereditatis. *Hic, si maxime Ulpianus diceret, hereditatis non esse dominium, sed rerum duntaxat corporalium, ut Autor eum explicat, non tamen video, cur ejus autoritas prævalere debeat textibus Marciani & Pauli* in d. l. 48. & d. l. 70. §. 1. *aut cur ad eos conciliandos non deberet magis apta esse distinctio inter dominium late & stricte dictum, quam inter significatum dominii proprium & improprium. Sed Ulpianus id nequaquam dicit, quod sensit is, qui in additis ad Pandectas distinctionum signis, inter verbum* habemus *&* non *colon posuit, non comma. Nempe sensus est*: Per hoc Judicium fit divisio non hereditatis, sed rerum corporalium, nec harum tamen omnium, sed earum, quarum dominium habemus, non ad quas habemus actiones in personam. *His suppositis, ad responsionem Autoris præcedentem facile excipi potest.* 1. *Uti de morte non succurrit titulus in jure, ita nec succurrit, quod ubi v. g. de morte civili in jure agitur, JCti Romani latam & strictam mortis significationem diserte inculcent.* 2. *De dominio nusquam plene agunt Autores artis. id est eo modo, ut tradant dominii definitionem, tantum abest, ut tradant varios significatus dominii. Ubi vero de adquirendo rerum dominio agunt, non possunt non agere de dominio rerum corporalium, quia de dominio stricte dicto, & de dominii late dicti nobilissima specie ibi agunt.* 3. *Dicere, quod lata dominii acceptio sit fortuita extensio vocis, repugnat Autori ipsi, qui peccasset, si fortuita extensione vocis usus fuisset in assignando primario juris rerum capite.* 4. *Non bene dicitur, significationes dominii late accepti esse ex alienis titulis aliunde quæsitas, videlicet ex titulis* de heredibus instituendis, *&* de V. S. *Nam dum Autor significatum suum proprium deducit ex titulo* de Comm. divid. (*quamvis erronee, ut modo ostensum,*) *non poterit hanc objectionem adversus nos urgere. Nam de dominio in tit.* de communi dividundo *adhuc minus agi debet, quam in titulo* de V. S. 5. *Exceptio, quod* in dd. ll. 48. &

& 70. *JCti potius mentem testatoris, quam vocis proprietatem interpretentur, faceret forte aliquid, si sola* l. 45. *uteremur, ad dictam vero* legem 70. *non quadrat, ubi plane nihil de herede ut dominio instituto.* 6. *Hereditatem, servitutem, obligationem, non posse ex usu juris recto cum dominio confundi, & nos urgemus, exinde tamen non magis sequitur, servitutem & hereditatem non esse speciem dominii latius dicti. quam si quis exinde, quod obligatio ex contractu non debeat confundi cum obligationibus ex delicto, velit inferre, quod harum alterutra non sit species obligationis generice acceptæ.*

S C H O L I U M.

Sed de obligatione jam aliunde constat; eam ad dominium non spectare.

R E S P O N S I O.

Unde magis, quam de servitute & possessione, mihi non constat. Nec enim magis separatur titulis, aut opponitur terminis, & textus generales, qui dominium heredis omne jus defuncti continere dicunt, ut d. l. 45. & l. 70. *non minus, imo magis obligationes, quam servitutes & possessionem comprehendunt. Quare si obligationis constat non esse dominium, ut Scholiastes ait, a que facile neque de servitute, vel possessione dominium prædicari posse, colligere licet.*

N. A D D I T.

Initio Scholium non refertur, uti posueram: dixerat Autor, & possessionem & obligationem opponi dominio. Regesseram, de his jam aliunde constare, quod ad dominium non spectent, (nimirum ad dominium, quod unum ex duobus summis capitibus juris rerum est, æquipollens juri in re, actiones reales producenti.) Atqui harum assertionum utramque jam breviter probo. Possessio facti est, dominium juris nomen: Dominium a possessione incipit. Possessio non producit actiones in rem, sed occasione possessionis dantur interdicta. Obligatio tanquam alterum ex istis duobus summis capitibus juris rerum, ipso Autore sic loquente, dominio opponitur, & actionem in rem non producit, quomodo ergo posset ad istud dominium, quod unum ex summis capitibus juris rerum est, referri? Hæc igitur cum ita se habeant, non debebat Autor in scholii mei relatione possessionis mentionem omittere & in responsione eam iterum immiscere ac servituti jungere, quasi possessionem æque ac servitutem habeam pro specie dominii. Deinde ex dictis constat, cur non valeat argumentatio ab obligatione ad servitutem & hereditatem, cum disparitas, sc. productio actionis in personam & in rem, sit satis palpabilis.

Sed optima ratio est, quæ a remotione specierum incorporalium, in quibus alii Dominium statuunt, desumitur, ut est servitus atque possessio. Nam servitus etiam dominio opponitur. *l. un.* §. 3. *de remiss.* Fructuarius dominus non est. *l.* 43. *in f. de furt.* Ergo species dominii servitus esse nequit. Exceptio Bachovii, Proprietarium esse dominum rei, fructuarium juris, est commentitia, & petit principium. Mera confusio est hæc terminorum detorsio, præsertim cum & *possessio* inter species dominii refertur, quæ sunt duæ res separatissimæ, ut vel ex rubricis *de adquir. dom. & adquir. possess.* differentia inter judicia petitoria & possessoria, definitione usucapionis aliisque innumeris rebus patet, minimeque probat contrarium *l.* 2. *C. ubi in rem actio.* neque *l.* 11. *C. de omni agro des.* ubi *proprietas possessionis*, quo argumento suos ipsi terminos pervertunt: Nam si tres sint dominii species, Proprietas, Servitus, Possessio, ut ponunt, qui potest dari proprietas Possessionis? An species de specie opposita prædicatur? Sed tu intellige, *proprietas fundi in d. l.* 11. ut in *l.* 38. *de minor.* vid. Brisson. *de V. S.* verb. *possessio*; imo dominium & proprietas sunt unum idemque, *l* 12. *ad leg. Aquil. l.* 4. *pr. de alim. vel. cib. leg. l.* 2. *pr. quib. mod. ususfr. amitt.* Nihilo magis obstat. *l.* 4. *si ususfr. pet. l.* 15. §. 8. *Quod vi aut clam. l.* 70. §. *ult. de V. S. l.* 118. *in f. pr. de V. O. l.* 4. *de ususfr. l.* 70. §. 2. *de fidejuss. l.* 17. *Quib. mod. ususfr. amitt. l.* 4. *C. de I robat. l.* 138. *de V. S. l.* 3. *pr. & l.* 1. §. *ult. de S. P. R. Rubr. D. si servit. vind.* de quibus ad *ff. h. t. vel in Digression. l.* 6. Sane hoc tenendum, abusive aliquando dominium de omni patrimonio usurpari.

13. (n) Divisio dominii, quæ prima traditur in *Civile & Prætorium*, exigui vel nullius est usus. Quamvis enim Prætor heredem subtiliter loquendo non faciat, *pr. I. de bon. poss.* tamen bonorum possessio, quæ ex Edicto prætoris datur, idem jus, quod hereditas, tribuit. *l.* 1. *& seqq. de bon. poss.* Sed olim Dominium erat *Bonitarium*, vel *Quiritarium*, sive ut Theoph. *ad tit. de Libertin.* Ἔννομος καὶ φυσικὴ δεσποτεία, *legale aut naturale dominium.* Et hoc quidem, quo res in bonis est ac utilitatem præstat. Civile seu Quiritarium, quod solenni modo ex Jure XII. Tab. est adquisitum; quod fiebat tribus modis, *Mancipatione*, *Cessione* in jure & *Usu-*

(n) *Pos.* 33.

Usucapione. Mancipatio erat alienatio certarum rerum; quæ *mancipi* dicebantur, conceptis verbis, libripende & quinque testibus adhibitis facta, Ulp. *tit.* 19. §. 3. qui ritus aliter *Nexus* dicebatur. Res mancipi erant, prædia Italica, servi, pecudes mansuetæ; cætera nec mancipi dicebantur. Cessio in jure, fuit alienatio rerum tam mancipi, quam nec mancipi facta cessione domini, vindicatione accipientis, addictione Prætoris, Ulpian. *d. tit.* 19. §. 9. De usucapione suo loco. Cives Rom. aliique horum modorum nacti dominium, habebant Quiritarium *plenum*, quod & totum in alium cives transferebant; sed si rem in provincialem alienarent, is dominii Quiritarii incapax bonitarium duntaxat adquirebat, & Quiritarium *nudum* manebat penes cedentem. Verum hæc distinctio sublata est per *l. un. C. de nud. jure Quirit. toll.* (6) Est tamen hodieque dominii differentia, quod sit plenum, vel nudum. Plenum, cum ususfructus & emolumentum adest. Nudum, a quo separatus est ususfructus, *l.* 2. *Quib. mod. ususfr. am.* & *l.* 4. *de alim. vel cib leg.* ubi, *ut pleno dominio hæc habeant, & non solum usumfructum.*

A Doctoribus recepta Dominii divisio in *directum & utile.* Quorum exempla sunt in emphyteusi, superficie & feudo. Nam vasallis, superficiariis & emphyteutis utile, dominis vero directum adscribunt dominium. Sed hos terminos contra ingenium juris & sermonis Latini compositos esse, non potest negare, qui cogitet directum & utile usurpari de actionibus, minime vero de causis actionum, ut sunt contractus & dominia; Hinc liquet, etsi Utilis in rem actio detur emphyteutis &c. *l.* 1. §. 1. *si ag. vectig. l.* 16. §. *ult. de pign. act. l.* 1. §. 3. *de superfic.* minime inde sequi, quod dominium quoque sit utile, nisi contractus etiam utiles statuere velis, quia & actiones in personam utiles multæ reperiuntur. Hoc saltem verum est, quemadmodum actiones dicuntur utiles, cum species extant affines iis, de quibus actio proprie datur; ita utilem in rem actionem, arguere jus aliquod affine dominio & proximum, quod sane *quasi dominium* appelletur; neque enim id pugnat cum usu juris civilis, ut appellatio *utilis*; veluti quasi contractus, actio quasi Serviana & similia. Proximum autem jus dominio convenire emphyteutis vasallisque, certum est: neque tamen nugæ sunt, cum de re conveniat, vituperare verba. Æquum est, aliquod discrimen inter scholas nostri temporis & barbari sæculi servare. At jura negant emphyteutis dominium expresse in *d. l.* §. 1. dicunt eum alium habere Dominium, §. 3. *Inst. de loc. & cond. d. l.* 1. §. 1. Opponuntur *emphyteuticarius & rei Dominus, l.* 1. 2. 3. *C. de jur. emphyt.* Quanquam Græcos Impp. suos patrimoniales emphyteutas dominii nomine dignari videmus in *l.* 2. *l.* 4. & *l.* 12. *in fin. l. ult. C. de fund. patrim.* Nimirum Cæsares magis Principes, quam fundorum domini esse gaudent, ideo facilius suis emphyteutis eum titulum tribuunt, quibus etiam plus juris dedisse videntur, ita ut *commissum non metuant*, *d. l.* 4. (secus ac in privatis, *l.* 2. & 3. *C. de jur. emphyt.*) sed fundos *perpetuo & inconcusso jure possideant*, *l.* 5. *eod.* quo sensu non tam commodare Cæsares, quam *jure dominii tradere* se fundos profitentur, *d. l.* 4. abusive dominii voce pro perpetua & inconcussa possessione sumpta, quales analogicæ improprietates in aliis rebus passim occurrunt. Vasallis in doctrina feudali forte etiam speciosius dominii appellatio, quam emphyteutis communicetur; sed eorum in jure civili, ubi sunt incogniti, ratio haberi nequit. At vero quidquid de dominio Emphyteutæ sit, omnino tamen Dominii *utilis* terminus nusquam reperitur, & sine dubio solœcus est. Quanquam in foro solœcismos tales anxie fugiendos esse, nemo prudens dixerit.

Atque hoc est primum jus in Re, Dominium; cætera non sunt hujus loci. Priusquam tamen pergamus, monitum velim, merito sub Dominio Jus dotis comprehendi, quod aliqui distinctum jus in Re nuncupant, sed ex hypothesi, quam falsam esse non dubitamus; scil. quod maritus, cum habeat actionem in rem ad vindicandas res in dotem datas, *l.* 9. *C. de R. V.* tamen non sit earum Dominus; quod alibi refellimus. *lib.* 4. *Digress. c.* 9. Speciosius diceretur, Jus dotis esse universale, etiam talia complectens, quorum non potest esse dominium, ut jura & obligationes, atque ita instar hereditatis constituere jus distinctum. Neque non verum id esset, si actio in rem daretur universalis, qua res in dotem datæ a quovis possessore peterentur. Sed maritus adversus eum, qui dotem promisit, personaliter agit, contra tertium nullam præter rei vindicationem habet, quæ singularis est. Heres, particularium quoque rerum possessorem universali actione compellat, *l.* 1. §. 1. *si pars hered.* de marito ratione dotis id nusquam auditum. Quare nihil profertur, cur Dos ut est universum quid, Jus in Re

(6) *De rebus mancipi & mancipatione vide Schulting. jurisprud. vet. ante-justinian. ad Ulp.* tit. 19. §. 1. & seqq. *& ad Caji Instit.* lib. 1. tit. 6. §. 3. *Item elegans opusculum Viri Clariss. Corn. Van Bynkershoek de rebus mancipi & nec mancipi.*

Digitized by Google

Re dicatur, vel ut respectu corporalium rerum a Dominio distinguatur. De possessione, an jus in re sit, alibi diximus, & dicemus.

14. (o) Ubi, quid & quotuplex sit dominium vidimus; ad modos, quibus adquiritur transeundum, qui vel sunt *juris naturalis*, *quod appellatur jus Gentium*, ait Imp. in §. 11. *h.t.* vel juris civilis, de quibus *infra*. Jus naturale dupliciter usurpat, vel pro eo, quod homini est commune cum brutis, ut in *tit. de jure Nat.* vel quod cum recta ratione conjunctum est ac humanæ naturæ proprium; idque hoc loco intelligitur, & vocatur *jus Gentium*, ad distinctionem juris naturæ prima significatione, de qua diximus in loco. A *Modis* adquirendi Dominii distinguuntur *Causæ*, vix alio sensu, quam ut causæ rerum proximæ a remotioribus. Nam proximæ, id est, quibus dominium immediate adquiritur, dicuntur *Modi*. Remotiora principia, *Causæ*, quales præcipue sunt tituli obligationum, in quibus de dominio transferendo agitur, ut venditio, donatio, stipulatio &c. *l.* 11. §. 4. *de except. rei jud.* Ipsos tamen modos etiam causas dici, nihil, inquam, vetat, nec aliter JCtus, cum in *l.* 3. §. 4. *de Adquir. vel amitt. poss.* dominium ex pluribus causis contingere posse negat: nam remotiores simul esse possunt, ut pro suo, aut pro herede, *d.* §. 4. Discrimen hoc causarum & modorum in plerisque Juris Gentium adquisitionibus est obscurius; sed in traditione inprimis perspicuum. Venditio enim, stipulatio similesque tituli causam Dominii continent, sed Dominos non faciunt, verum traditio, quæ sequitur, dominium præstat. §. 40. & 41. *h.t.* Sic & Perceptio est modus adquirendi fructus, causa vero Cura & cultura. §. 45. *h.t.* Occupatio modus adquirendi res nullius, Causa jus homini a Deo in res cunctas datum. Causæ, quæ respondent modis jure Gentium adquirendi, fere omnes ex jure Gentium descendunt, nam plerosque contractus saltem origine hujus juris esse alibi dictum, & dicendum est. Sed & modi adquisitionis, qui juri Civili tribuuntur, plerique tamen causas e jure Gentium repetunt. Nam adquisitio hereditatis, legati, fideicommissi, donationis mortis causa, quod ad momentum adquirendi dominii, sunt juris mere civilis; sed ipsæ successiones, legata, donationes, quæ causam dominii præstant, aperte ex jure Gentium oriuntur; ne quis putet, cum modos juris civilis audit, sermonem esse de rebus jure Gentium ignotis. Porro Modi jure Gentium adquirendi Dominii, plures hoc capite recensentur. Præcipui sex esse videntur, *Occupatio*, *Accessio*, *Specificatio*, *Commixtio*, *Fructuum perceptio & traditio*. Alii sex etiam numerant, sed confusionem addunt & fructuum perceptionem omittunt; verum quæ ratio nobis constet, quo minus hanc omittamus, illam sub commixtione intelligamus, *infra* explicabimus. Placet autem simplex harum specierum enumeratio potius, quam subdivisiones aliorum. Nam qui modorum quosdam ex facto nostro, alios vi & potestate rei nostræ tribuere dominium ajunt, ut *D. Vinnius*, ad primam speciem quinque modos, ad secundam duntaxat unam referunt, scil. Accessionem, quod non est operæ pretium. Grotii distinctio *l.* 2. *c.* 3. *pr.* in modos adquirendi *originarios & derivativos*, præclara pro ipsius instituto, nobis minus expedit, quia primo ad adquisitiones tam civiles, quam juris Gentium pertinet; dein ita comparata est, ut singulos modos divellere possit. Nam occupatio licet præcipue originaria, tamen a nostris etiam ut derivativa consideratur, quatenus res hostiles occupantium fiunt, §. 17. *h. t.* Accessio autem sine dubio, vel originaria est, ut alluvio, Insula in flumine nata, fœtura; vel derivativa, ut ædificatio, intextura, plantatio, scriptura, de quibus *infra* latius. Videamus igitur sex illos modos ordine Imperatorio. Primus & præcipuus est Occupatio, per quam dominium adquiritur *Rerum communium*, quæ aliter *Res nullius* dicuntur; ut dictum *supra ad* §. 5. Hoc loco de origine dominii & communione primæva agendum erat, qua de re late diximus *in lib.* 4. *Digress. c.* 10. *& seqq.* quibus repetendis heic locus non est.

OCCUPATIO.

15. (p) Pergemus ad modos ipsos dominii adquirendi, quorum primus est *Occupatio*, quæ nihil est aliud, quam *corporalis rei apprehensio cum animo sibi habendi*. Unde sequitur, quæ res corporaliter apprehendi, & *custodia*, ut in §. 12. *h. t.* habetur, *coërceri* nequeunt, has per occupationem in jus privatum nunquam redigi. Videtur omnino res talis esse Mare, quod occupari non posse, nisi quatenus *custodia coërcetur*, hoc est, quatenus terris, quæ certorum hominum sint, comprehenditur, ex natura & occupationis & ipsius maris, quod immensum, liquet. Cui accedit, quod rationes, quæ aliarum rerum dominia distingui coëgerunt, in mari

(o) *Pos.* 35. & 36. (p) *Pos.* 59.

Digitized by Google

mari essent. Reliquas enim res a singulis teneri oportuit, quod omnes pariter ad usum sui non admitterent, & quod labor cuique suus prodesse deberet. Sed mare commodissime toti humano generi promiscue sufficit, nec capit opera permanentis industriæ, quæ Auctores vindicare debeant. Ideoque divisionem maris nullam a primis mortalibus factam oportuit, quibus insuper Oceanus erat incognitus & imperitia rei nauticæ inaccessus; divisio rem quoque terminatam & occupationis capacem requirit, qualem mare non esse, modo diximus, & res loquitur; plura Grotius *tract. de mari libero*, & *de J. B. & P. l.* 2. *c.* 2. §. 3. & *cap. seqq.* Dominium igitur maris totius, aut præcipuarum partium, cum hoc effectu, ut jus sit principi, vel populo alios prohibere piscari in eo, navigare, aquam haurire, conchas & naufragiorum reliquias colligere, nec est, nec fuit, neque esse potest. At hoc ipsum Jus Romanum docet, quo mare inter ea refertur, quæ *communia sunt omnium*, & quidem *naturali jure*, ne communia civium Romanorum intelligas, quæ, ut *supra* vidimus, publica dicuntur. §. 1. *h. t.* & *l.* 2. *de D. R.* Publica in patrimonio sunt populi Rom. *Communia ita se habent*, *ut primum a natura prodita sunt*, & *in nullius adhuc dominium pervenerunt*, *l.* 14. *de A. R. D.* ubi cum feræ, tum litora ejus conditionis dicuntur; ac proin mare multo magis, quia litora per & propter mare sunt communia, §. 4. *h. t.* & *d. l.* 2. Mare igitur & aër non sunt inter ea, quæ in universum occupari possunt.

SCHOLIUM.

Imo sunt, *ut latius probarunt Seldenus & Strauchius*, *contra quos magis ex amore erga Patriam*, *quam ex vero*, *disputatur in Digress
ion.* lib. 4. c. 14. & 15. *confer*, *quoad aërem*, *notas ad Strauch.* VI. 2. p. 56. *Quod vero refugium in custodia hic quærit Auctor*, *ad id facilis est responsio. Vel enim dicemus*, *eam ad res mobiles*, *de quibus loquitur* d. §. 12. *esse restringendam*, *vel etiam mare custodia nostra coërceri*, *per leges maritimas & jurisdictionis in eo exercitium*.

RESPONSIO.

De Seldeni & Strauchii argumentis nihil est quod addam iis, *quæ in Digressionibus plena manu dedimus*; *quæ an ex amore Patriæ potius quam judicio defæcato profecta sint*, *æquus lector judicet. Idem Grotio imputatum est*, *etiam cum in Patria male habitus*, *aliis*, *quorum ambitio dein ad maris Baltici dominium adspiravit*, *inserviret. Argumentum a custodia*, *desumptum est e jure Gentium*, *quod dominia primum a possessione custodiaque stabilivit*, l. 1. §. 1. de Adquir. vel amitt. poss. *quæ ratio non minus rebus soli*, *quam mobilibus convenit. Responsio de occupatione per leges*, *non decet Juris Consultum*, *qui scit*, *occupationem fieri per apprehensionem corporalem & jurisdictionem legesque ferendi jus consequi*, *non præcedere dominium*, *vel potius Imperium* . .

N. ADDIT.

Diu est, *quod sententiam in Scholio positam* (*quæ etiam in loco illo supra ex notis ad Strauchium descripto*, *qui de rebus communibus agit*, *reperitur*,) *mutaverim & opinioni Autoris accesserim*, *vastum scilicet Oceanum non esse domini capacem*; *non solum quod custodiæ humanæ non subjaceat*, *sed & quod usum præbeat toti humano generi sufficientem*, *nec culturam & curam desiderantem.* vide Instit. Jurispr. div. lib. 2. c. 10. n. 123. usque ad n. 135. *Igitur transire poterat hæc responsio Autoris sine noviore nota*, *nisi gravior illa nota*, *qua Autor Scholium meum censet*, (*in verbis*: Responsio de occupatione per leges, non decet JCtum,) *saltem leviorem aliquam notam loco exceptionis postulasset Scilicet non me ferit ista observatio*, *qui nunquam dixeram*, *occupationem fieri per leges*, *sed custodiam*. *At differt custodia ab occupatione*. *Illa hanc præsupponit & multa occupantur*, *quæ nec custodiuntur*, *nec custodiri absque incommodo possunt*. *De occupatione plane nihil in Scholio*, *leges autem custodire res occupatas quis negaret*?

Recipit tamen hæc sententia aliquas cautiones; *primo*, quod divisio maris institui possit, non ad possessionem stabiliendam, sed ad curam piratas coërcendi securitatemque præstandam, ut Grotius notat *l.* 2. *Jurispr. Holl. c.* 1. Secundo, Imperium in aliquam partem maris posse occupari, ut idem tradit 2. *de J. B. & P. pr c.* 3. §. 13. quod primo posse fieri docet vi classium; verum tale imperium, si alia non præcedat causa, vix diutius durare videtur, quam terror classis, quo cessante, mare ad suam naturam redire videtur, quemadmodum fera capta diutius non manet nostra, quam custodia coërcetur. *Iterum*, ratione territorii, quatenus ex terra cogi possunt, qui in proxima maris parte versantur, quod sane imperium exiguæ latitudinis est. *Tertia* cautio, conventione populorum fieri posse, ut quidam jure & usu certi maris cedant, aliique imperium quod ad se, permittant; exempla sunt in §. 15. *d. cap.* 3. Postremo accedit Limitatio, quæ & antea insinuata est; posse dominium quoque in parte maris fundari ab eo,

Digitized by Google

eo, qui terras ad utrumque latus possidet, dummodo tam modica pars maris sit, ut quasi portio & accessio terrarum haberi queat. §. 8. *d. c.* Nam ut privatus particulam maris fundo suo immittens dominium ejus consequitur, uti fecit Lucullus Neapoli, sic nihil est causæ, cur non rex aut populus sinum maris occupare queat terris ejus undique comprehensum; quo jure fœderati Belgæ Sinum Frisicum, cui mari Australi nomen, ambiunt, ejus domini censentur; Romani equidem in mediterraneum mare rectius hanc ob causam dominium vindicare potuissent; sed dominium noluerunt, ut dictum, Imperio contenti fuerunt. Quæ prolixe opponuntur, ea succincte refutavimus *lib.* 4. *Digress. c.* 13. *& seqq.*

16. (q) Quæcumque igitur res in communione primæva manserunt, occupatione, quatenus eam recipere possunt, omni die in privatorum dominia rediguntur; qualia imprimis, feræ bestiæ, volucres, pisces & omnia animalia, quæ mari, cælo, & terra nascuntur, ut loquitur Imp. *in* §. 12 *h t.* Occupatio autem facta censetur, cum res apprehensæ in potestate nostra sunt, aut vivariis, piscinisque continentur; sed pisces in lacubus & stagnis etiamsi privatis, feras in sylvis circumseptis vagantes, non possideri, scripsit Paulus ex Nerva filio, in *l.* 3. §. 14. *de adquir. poss.* ideoque cum occupatio dominium per possessionem tribuat, consequens est, nec in dominio esse tales feras ac pisces, quod displicet Grotio *l.* 2. *cap.* 8. §. 2. nostroque sæculo rectius contrarium invaluisse, tradit. dix. *l.* 4. *Digress. c.* 17.

(r) Causa dominii per occupationem quæsiti est Jus Communionis, quod manet, quamdiu res a nemine capta & apprehensa est. Idcirco etsi fera in meo sit fundo, vel tuo, ideo nos nihilo plus juris in eam, quam alius quilibet habemus, sed cuivis capienti cedit, *d.* §. 12. quod etiam de piscibus in majoribus aquis jure civili statuendum, colligitur ex *d. l.* 3. §. 14. Quia tamen Domini aliis prohibere possunt, ne ad suos fundos, vel lacus, venandi piscandive causa accedant, & ipsi melius præsentes capiendis feris invigilare queunt, hinc venatio & piscatio in fructu esse traduntur *l.* 9. §. 5. *de usufr. & l.* 26. *de usur.* Feræ etiam captæ fructuario cedunt, *l.* 62. *pr. de usufr.* non quod hoc ipsius sit præcipuum, sed opposite, putem, ad eas quæ vivariis sunt clausæ, quorum numerum finito usufructu restituere tenetur. *d. l.* 62. §. 1. (7) Illud tamen non impedit, quo minus alii fundum ingressi feram occupent suamque faciant, etsi a Domino ingressu prohibiti; quod locum habet etiam in prædiis, quorum nulla nisi ex venatione utilitas, etsi aliter D. Voetius ad *hunc* §. qui in talibus solum dominum venari posse tradit. Comparata quidem est domino spretæ prohibitionis actio injuriarum, *l.* 13. *in fin. de injur.* qua ratione dicitur, illicitum venari in alieno, *ἐν ἀλλοτρίοις ἰξεύειν*, *l.* 16. *de S. P. R.* at interim adquisitio feræ procedit, quoniam hæc a libertate naturali ferarum pendet, quam talis prohibitio minime tollit. *d.* §. 12. *h. t.* Factum, quo jus domini violatur ejusque pœna, separatur a modo adquirendi rem, quæ nullius est, quemadmodum & alias fit; ut factum certo respectu illicitum, alia ratione juris effectum producat, ut in §. 26. *h. t. l.* 7. §. 1. cum *l.* 8. *π. Quod met. c. &c.* Occupatio autem illa non tantum fit manibus, sed instrumentis quoque, ut retibus & laqueis, dum duo adsint requisita; primum, ut instrumenta sint in nostra potestate, deinde fera ita inclusa sit, ut inde exire nequeat, docente Grotio *l.* 2. *c.* 8. §. 4. Quare qui aprum laqueo per alium posito hærentem abstulit, eum non facit suum, sed si aper ita irretitus fuerit, ut expedire se nequivisset, tum qui laqueum posuit, pro domino habetur & in id quod interest adversus eum qui feram dimisit agere potest, *l.* 55. *de A. R. D.* ubi JCtus plures præmiserat distinctiones, quas inter & hæc; utrum laqueus in alieno fundo permissu domini positus esset, vel non; magis, ut videtur, ad discrimen actionis quæ competeret, quam dominii ipsius feræ adquirendi: (8) Sane, quod Cujacius 4. *observ. in fin.* hinc colligit, venantem in alieno sine permissu domini, nihil suum facere, neque in isto loco habetur, nec Juris rationi convenit: ut nec Balduinus ad hunc §. 12. feras ita captas pertinere ad fiscum notat; ratio quidem non est iniqua confiscandi, sed jure ita cautum esse, non liquet.

(s) Speciale autem est in feris, quod, ubi effugerint e potestate nostra, desinant esse in dominio, & fiant iterum capientis, *d.* §. 12.

(q) *Pos.* 41. (r) *Pos.* 42. *& seqq.* (s) *Pos.* 47.

cum

(7) *Vide pro explicatione* l. 62. *de usufr. Noodt observ.* lib. 1. cap. 10.

(8) *De sensu* l. 55. *de* A. R. D. *vide Noodt probab.* lib. 2. cap. 6. *Reinoldi orationem de leg. inscript.* §. 4. *& ad eam prætermissa Abrah. Wieling.*

cum aliæ res amissæ, licet possessio pereat, *l.* 5. §. 13. *de adqu. poss.* in dominio nostro maneant & a quovis possessore vindicari soleant. Grotius *d. cap.* 8. §. 3. diversitatem hanc non probat; nec magis feram, quæ aufugit nostram esse desinere censet, quam servum fugitivum, qui ubicunque sit, a domino repetitur, *tit. ff. & C. de Fugitivis*: ideoque non tam renovationem libertatis naturalis, quam difficultatem recuperandæ dignoscendæque feræ pro causa habet, cur possessione ejus amissa, dominium extinguatur, præsumpta scilicet derelictione Domini. At JCti pro discrimine inter cætera mobilia & feras id habere videntur, quod, ut in brutis analogum quid rationis agnoscunt, *pr.* l. *de jur. nat. l.* 1. §. 11. *π. Si quadr. paup.* sic etiam eorum animo in recuperanda libertate naturæ non parum tribuant, *arg.* §. 15. *h. t.* in verb. *donec animum &c.* Hominum autem alia est ratio: nam qui liberi sunt, aliorum fieri nequeunt & servi non vagantur per sylvas & agros, nec eorum ulla venatio est, ut extra bellum occupatione adquiri possint: Grotii tamen sententiam juvant verba finalia *d.* §. 12. Fera *naturalem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.* Quid autem, si mansuetum animal a lupo aliave fera abreptum ab aliquo occupetur, nunquid hoc capientis? Ulpianus ex Pomponio scribit: *non desinere nostrum esse, quod a lupo eripitur, vel alia bestia, tamdiu, quamdiu ab ea fuerit consumptum*, *l.* 8. §. *ult. Fam. ercisc.* quem locum fusius & elegantissime tractat in *l.* 44. *de A. R. D.* cujus tamen conclusio *ex d. l.* 8. §. *ult.* clarior fieri videtur. (t) Porro, quia occupatio non nisi apprehensione perficitur; consentaneum est, feram non esse ejus, qui persecutus eam vulneraverit & spem capiendi proximam habebat, * sed qui cepit & apprehendit, ut contra Trebatium decidit Justinianus *in* §. 13. Improbum tamen esse, qui feram ab alio pene captam intercipit, non est diffitendum, & judicis erit providere, ne malitiæ indulgeatur; quin nostro sæculo Trebatii sententiam magis obtinere scribit Balduinus ad *d.* §. 13. Grotius *l.* 2. *cap.* 4. *Jur. Holl.* versic. *yemant een wilt.* tradit, dominum quidem fieri capientem, sed eundem multari posse, ut venatorem importunum, *als onheuslyck jaegende*, ut ita ratio delicti ac pœna rursus ab adquisitione dominii distinguantur. In apibus ** eandem esse rationem, quæ est in feris animalibus & quam exposuimus, docet Imperator *in* §. *Apium quoque.* 14. *h. t.*

17. Cæterum moribus hodiernis, jus venandi feras Principibus fere, aut aliis proceribus concessum videmus, quamquam de Hispania scribit Hubertus Leodius *in vita Friderici Palatini l.* 6. venationem magis ibi promiscui juris esse; & *lib.* 10. refert, Carolum V. noluisse affirmantibus credere, in Germania prohiberi aucupia, deque ea responsionem fecisse, atque se rogatum, testatur Hubertus, cum legationem obiret, an res ita se haberet? Quod mirum, ignorasse Carolum Cæsarem vulgatissimum Patriæ institutum: nisi Belgæ Belgii mores melius constiterint, quibus tam stricta venationum prohibitio in usu non est. Brabantis certe juxta lætum introitum ipsius Caroli V. & ejus filii, libera venatio permissa legitur, *art.* 33. & 34. Porro nititur ille mos restrictæ venationis, jure quod habent populi a Deo in cunctas res non occupatas, per quod licet ipsis ordinariam methodum, qua res tales singulorum capientium fiunt, invertere ac prævenire easque res addicere iis, quibus videtur, adeo ut Principes vi hujus cessionis a populo factæ, dominium ferarum adquirere citra & ante occupationem, scribat Grotius *lib.* 2. *de J. B. & P. cap.* 8. §. 5. Qua ratione Constitutio Caroli V.

169.

(t) *Pos.* 43.

* Hinc est, quod Jure Saxonico Communi vulneratæ feræ modica persecutio permittatur, ea scilicet, quæ sine sclopeti explosione, sine incitatione canum, & sine inflatu fit corniculi a. *LR.* l. 2. art. 61. Hopp. *ad* §. 13. *I. h. Us. Hod.* Richt. *Dec.* 16. *n.* 4. *seq.* Jure vero Electorali Saxonico nec ista quidem feram persequendi licentia venatoribus competit, cum Ordin. Provinc. (*Landes Ordnung*) de ann. 1555. tit. *Dass keiner auf der andern Grund und Boden.* expresse caveat, *Dass keiner mit Jagen und Hetzen eines andern Guther nicht beruhren soll, ohngeachtet einiges einwenden*, idque sub pœna 100. florenorum, ib. verb. *alles bey Pen* 100. *Gulden.* vid. *Corp. Jur. Sax.* p. 48. j. Carpz. *L.* 1. *Resp.* 44. *n.* 16. *seq.*

** De apibus Jure Saxonico satis liquido constitutum est, simul ac ex custodia nostra dilabantur, & ad vicinum evolent, in nostro non amplius esse dominio. Patet id ex (*W.B.* art. 119. col. 120.) §. *fleucht ein Bienen-Schwarm aus eines Mannes Hoffe*. ibid. *Denn die Biene ist ein wilder Wurm.* adeoque priori Domino, ex cujus fundo apes evolarunt statim nullum Jus vindicandi superest, sed vel vicino, vel tertio occupanti cedunt, *d. a.* 119. Carpz. *p.* 2. *C.* 36. D. 4. Philip. *Us. Pr. Inst. L.* 2. *Ecl.* 5. licet dissentiat Hopp. *Us. hod.* ad §. 14. *I. de R. D.*

Digitized by Google

169. ut fures* puniri jubet eos, qui feras & pisces, etiamsi ab aliis non inclusos, capere sint ausi. Contra D. Vinnius ad *d.* §. 12. jus tantum venandi vulgo interdictum tradit, extra quam feræ per se adhuc sint communes, ut olim Gudelinus etiam *lib.* 2. *de jure noviss. c.* 2. & Zypæus *notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* negant furtum committi, aut in conscientiam peccari ab eo, qui privatus leporem capit, qua de re diximus *l.*4. *Digress.c.*19. Frisii nostri hac parte, ut in aliis, minus procul absunt a Jure Romano. Nam Jus piscandi & aucupandi, (exceptis avibus generosis) apud nos commune est; ** venatio majorum ferarum patet omnibus, qui fundos possident. Ipsæ autem feræ minime ita afficiuntur, sed quo minus fortuito captas retineamus, nihil obstat.

18. (u) Terrestria animalia sunt vel fera vel mansueta. Fera, quæ, ut Varro ait, *naturali suo impetu feruntur & ruunt nullo hominum commercio mansuefacta vel imperio domita*; quod tamen in plerisque fieri posse arte & industria, satis constat, etiam τῶν θηρίων ἀγριωτάτων, *quarum maxima est feritas*, ut Plutarchus ait *in lib.* περὶ παιδαγωγ. Sed pisces mansuefieri non videntur, nec de iis discrimen inter feros & cicures usurpatur, διὰ τὸν τόπον οὐ διὰ τὴν φύσιν, ait Phædimus apud Plutarchum. *lib.* πότερα τῶν ζώων. *Propter locum, non propter naturam*. Porro, quæ animantia naturam habent feram, licet arte cicurentur, in se tamen fera dicuntur; etsi consuetudinem quoque eundi redeundique habent, quia hæc feritatem naturæ non tollit: Verum mansuefactæ bestiæ dominitoribus sunt propriæ, & volucres consuetudinem evolandi revolandique habentes, etiamsi feræ adhuc naturæ maneant, tamen quamdiu retinent hunc morem in dominio censentur, nec aliter capientium fiunt, quam si, consuetudine aliquamdiu cessante, animum revertendi deposuisse cernantur, ut docet Imp. in §. 15. *h. t.* Mansuetæ igitur animantes suos, ut res aliæ, dominos habent, quas inter gallinæ quoque & anseres, §.16. *h. t.* idque e contrario colligit Imperator, quia reperiuntur gallinæ quoque & anseres feræ naturæ. Scil. gallinarum & anserum maxima pars sunt cicures, feri pauciores. Hinc a potiori denominatio: anseres feros omni die habemus, gallinæ quæ sint feræ, inter nos parum liquido dixerim; nam perdices & quibus aliis rustici id nomen tribuunt, in diversam plane speciem incidunt. Varro tamen 3. *de R.R. c.*9. & Columella *l.*8. *c.*2. gallinas dividunt in cohortales sive villaticas & Rusticas, quæ non ita mansuetæ sunt, nec sine cavea continentur, nec nisi ab aucupe deceptæ capiuntur. Qui gallinas & anseres lucrandi animo detinet, is furtum committere intelligitur, ait Imp. *d.*§.16.*in fin.* & contra eum, qui columbas nostras apprehendit, *furti competere actionem*, scribit ex Pomponio Ulpianus in *l.*8.§.1. *Fam. ercisc.* idemque de pavone Pomp. in *l.*37. *de furt.* Quæ loca argumento sunt etiam de parvis & modicis rebus, contra quam Zatius voluit, 2. *sing. respons.* 26. furti posse agi. Nam & actio de vi bonorum raptorum utilis est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit, *princ. Inst. de vi bon. rapt.* sed hujus quæstionis alia dabitur occasio.

19. (w) In §.17 agitur de his, quæ jure belli occupantur. *Ea quæ ab hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt*, ait Cæsar, & quidem *statim*, ait Imp. idemque est in *l.*5. §.*ult. de A.R.D.* nam si occupationis ea vis est, nihil impedit, quo minus capta protinus nostra fiant. *arg. l.*1.§.1. *de adquir. poss.* Consummata tamen adquisitio non censetur, nisi cum res ita in potestate est, ut difficulter ab hoste recuperari queat, quod in rebus mobilibus intelligitur, si intra præsidia nostra sint perlatæ, *l.*5. §.1.

(u) *Pos.* 45. & 46. (w) *Pos.* 48. & 40.

* De pœna eorum, qui feras furantur in Saxonia, videri potest *Const. El. Nov.* 7. quæ ostendit, apud nos arbitraria, sed non capitali pœna, eos, qui illicite feras occupant, regulariter coerceri. vid. *Appendic. Corp. Jur. Sax. p.* 69. j. *LR.* L.1.*art.*62. *Mand. El. d.* 1603. conf. *die Lands Ord.* d. an. 1482. §. 1. *Es soll von niemands Corp. Jur. Sax. p.* 10. *ibid.* Carpz. *Prax Crim. q.* 4. *n.* 47. *seq.* Unde nonnunquam pœna pecuniaria dictatur *auf denen Heg seulen*, e. g. pro lepore 10. thal. pro apro 20. th. pro cervo 30. th. Secus est, cum ferarum occupatio in banno ferino Electoris, *der auf Churfl. gehegten und befriedigten Wildbahn* suscipitur, quæ in occupante laqueo coercetur. *d. Mand. d.* 1603.

** Jure Saxon. autem Piscatio a nemine exerceri potest, cui ista licentia non est a Principe permissa. Unde *Const. Elect.* 8. pro diversitate casuum, carceris, fustigationis & tratto di corda, pœnam in piscatores temerarios statui jubet, de qua ultima pœna, quæ hodie minus usitata est, Bergeri *Disputat.* conferri potest add. Carpz. *Pr. Crim. qu.* 84. *n.* 65. *seqq.* De aucupio idem sentiendum, quod si illicite quis exerceat, arbitrarie punitur. vid. *P.* 4. *C. El.* 36. ibique Carpz. *def.* 5. adde Mand. *El. d. an.* 1626. *von wegen des Vogelfanges. Corp. Jur. Sax. p.* 520. & *Landes Ordn.* de an. 1555. *tit. von Vogelfangen* C. S. p. 49. unde constat, iis quoque, qui cum Jure aucupii investiti sunt, non licere a tempore Bacchanalium usque ad diem Bartholomæi suo jure uti, sub pœna 100. *Scheffel Haber* & 50. florenorum, *d. M. El. d. A.* 1626. In venatione terrestri tempus legitimum quoque observandum est. Ita apud nos terminus a quo, est Dominica prima aut sexta post Trinitatis, dies Ægidii, terminus ad quem, Bacchanaliorum, &c. ita tamen, ut ad ferarum diversitatem quoque respiciatur. *Mand. Reg. & El. A.* 1701. *d.* 20. *Sept.*

Digitized by Google

§.1. & *l.*19.§.3. *de capt. & de postl.* in immobilibus, quando munitionibus nostris ita sunt inclusæ, ut veteres domini, quod satis est, arceri possint, Grot. *l.*3.*c.*6.§.3. a quo dissentit P. Cunæus in *respons. de caus. postlimin.* Porro in adquisitione, quæ fit bello idem procul dubio, quod in omni adquisitione requiritur, ut quisque rem suo nomine, non ut minister alterius, apprehendat; nam qui ita, eum nihil sibi; sed totum domino quærere, tralatitium est. Hinc qui stipendia faciunt, non fiunt domini rerum, quas de hoste capiunt: sed hæ publico cedunt cujus nomine bellum geritur, adeo, ut peculatus rei sint, qui prædam surripiunt. *l. pen. de l. jul. pecul.* Hinc Scipio Masinissam alloquens, qui Sophonisben captivam sibi habere cuperet, apud Liv. *l.*30. *Syphax*, ait, *populi Rom. auspiciis victus captusque est; itaque ipse, conjux, regnum, ager, oppida, homines qui incolunt, quicquid denique Syphacis fuit, præda populi Rom est.* Idque in rebus immobilibus fere semper obtinet *l.*20. §.1. *in fin. de captiv. & de postlim.* In mobilibus aliquando milites proprio nomine prædas agunt, si id ipsis ab Imperatore concessum sit, aut in excursionibus extra imperia & signa res obvias capiant, de quibus accipienda *l.* 51. §. 1. *de A. R. D.* si non potius loquitur de rebus hosti non ereptis, sed de hostilibus; quæ inter nos, oriente bello, deprehensæ sunt.

20. Postremo Imperator ea, quæ in litoribus inveniuntur & nullius sunt, jure naturali statim inventoris fieri tradit §.18. *h. t.* ut sunt præcipue lapilli & gemmæ, quas distinguit, ut faciunt JCti in *l.* 25. §.11. *de aur. arg. l.* 3. *de D. R.* reprehendente Valla *lib. 6. eleg. c.* 64. qui id quidem evincit, non semper hoc discrimen ab Auctoribus servari; at JCtos tamen usum Linguæ suæ ignorasse, parum probabile videtur, eosque defendit Alciatus *not. ad Vallam loco cit.* Id monitu supervacuum est, gemmam non esse ejus, qui primus viderit, sed qui primus apprehenderit (neque enim aliud est occupare) quique primus possessionem nactus sit, ait *l.*1. §.1. *de adquir. poss.* Etiam hoc ultro constat, Res aliorum deperditas in litore inventas non fieri inventorum, ut *infra* explicabitur.

21. (x) Acquiruntur etiam occupatione res pro derelictis habitæ. Pro derelicto habitum dicitur, quod hoc animo abjectum vel desertum a domino est, ut in numero suarum rerum censeri nolit; quo facto finitur & extinguitur dominium. §. 47. *h. t.* Quicunque igitur rem pro derelicta habitam animo sibi habendi apprehendit, dominium ejus adipiscitur, modo relicta sit ab eo, qui jus distincte alienandi habet; quippe non dominus, rem derelinquens, usucapiendi duntaxat conditionem transfert. *tot. tit. D. pro derelict.* Pro derelicto igitur nihil habitum censetur, nisi ab eo, qui & jus & animum amittendi habet. Ideo certum est, quam quis rem invitus amittit, eam manere in ipsius dominio. Proinde, quod non advertentibus & ignorantibus excidit, minime fit invenientium, sed restitui sub pœna furti debet, §. *ult. in fin. h. t.* etiamsi dominus ignoretur. *l.* 43. §.4. *de furt.* Unde lex apud Platonem *ἃ μὴ κατέθου, μὴ ἀνέλῃ*, *l. XI. de LL. pr. quæ non deposuisti, ne tollas.* Grotius etiam *lib.*2. *de jure B. & P. c.*4. *n.*5. docet, *amissum censeri id, cujus recuperandi spes projicitur, ut porcos à lupo raptos, & quæ naufragio amittimus nostra esse desinere Ulpianus* ait, *non statim, sed ubi recipi non possunt, id est, ubi nulla talis voluntatis indicia extant.* Sed puto, non difficile probatu esse, quod illa *τοῦ πάνυ* glossa, a mente Ulpiani *in l.*44. *de A R. D.* aliena sit. Neque enim is de spe, vel desperatione recuperandi loquitur, sed docet, res a bestiis raptas, vel in mare jactas tamdiu manere nostras, quamdiu recuperari possunt; adeo ut gemma ab ave transvolante ablata, adhuc nostra maneat, quia potest fieri, ut recipiatur; etiamsi nemo facile hoc animo futurus sit, ut hoc sperare præsumat, idemque de ovibus a lupo raptis adseverate scribit Pomponius in *l.*8. §. *ult. Fam. ercisc.* a quibus exemplis ad res e nave tempestatis causa projectas JCtus argumentatur in *d. l.* 44.

Dicendum igitur, res naufragii vitandi causa ejectas manere prioris domini, (*vid. l.*1. *C. de naufrag.*) etsi penitus eas periisse credat, quamdiu hunc animum retinet, ut si contingat eas reperiri, cupiat sibi habere, prout diserte traditur in *l.*8. *ad L. Rhod.* Pro derelicto haberi, quod contra animi sententiam abjectum est, minime potest; desperatio recuperandi, cum desiderio habendi consistere potest, imo hoc semper ei inesse videtur; quomodo igitur qui rem habere desiderat, eam dereliquisse dicetur? Si quis ob hanc desperationem inquirere in rem cessaverit vel desierit, eaque tamen inventa sit, quid causæ est, cur non eam repetere possit? Nisi dixeris, qui annulum, vel gemmam casu amissam diu quæsiverit

(x) *Pos.* 50. 51. 52.

Digitized by Google

siverit & tandem tædio vel desperatione destiterit, nec porro curet aut de ea cogitet, hunc, si inveniatur, repetere gemmam non posse; quod incivile & iniquum foret. Dominium, sine causa, qualis hic nulla est, & sine facto nostro in alium transferri nequit. *l.* 11. *de R. J.* Ulpianus in *d.l.*44. rem meam lupo, vel avi ereptam ab alio repeti posse tradit, etsi conspectum & persecutionem meam effugerit, consequenter etiamsi omnem recipiendi spem abjecerim. Celebris objectio est ex *l.*43. §.*pen. de Furt.* ad quam puto cum ratione dici, quod de jactu spontaneo, non propter naufragium loquatur, etsi Bachovius hoc ut ineptum stolidumque rideat: D. Vinnius responsionem confirmat ex fine *d.*§.*pen.* ubi distinguitur, utrum res simpliciter jacta sit vel non. Sed & clarius idem probatur ex §. *præcedente*, in quo expresse de jactu voluntario agitur, idque in §.*seq.* continuatur. Moribus hodiernis, quid circa naufragorum bona juris servetur, vide accurate notantem D. Voetium *ad* §.*ult. Inst. h. t.* ubi aliter explicat *d. l.* 43. Frisiæ praxin *vid.* 1. *stat.* 21. *& append pag.* 57.

Juris igitur ratione, si quid inventum fuerit, cujus Dominus ignoratur, id interim ab inventore custodietur, qui si animum sibi habendi sumat, furto se adstringit, *d.l.*43. §.4. *de Furt.* nisi postea intelligatur, dominum pro derelicta rem habuisse, tunc enim fur non est juridice; licet coram Deo perinde sit reus, quam si nolenti res excidisset. *ead. l.* 43. §.5. Contra si putaverit pro derelicto habitam, etsi erraverit, tamen furti innoxius est. *in* §. *6.* Conscientiæ igitur recte consulet, si libellum proponat vel præconis voce significet quid invenerit paratumque se ad restituendum. §. 8. *d.l.* Reperto domino & rem suam esse probanti, restituet eam neque mercedem εὕρετρον, μήνυτρον, exigere debet, sed impensas duntaxat repetet, ut tamen præmium interim oblatum accipere honeste possit. *d. l.* §.9. Domino non veniente, Inventor rem retinebit, quia nemini potius competit; sed an dominium adquiret? Causam video nullam, si derelicta non fuerit. Utique; si servando servari nequeat, consumet eam, vel dabit pauperibus. Si durabilis, an derelicta præsumetur? Probabile id quidem; sed quid si prior dominus postea superveniat justamque ignorantiæ causam probet? Neque textum, neque rationem video, quæ dominium præstet. An saltem usucapi poterit? Ne id quidem, cum & titulo & opinione dominii careat. Id expeditum est, si res dominum amplius non habeat, eum qui invenit, licet hoc ignoret, revera dominium adipisci; si extet adhuc dominus, nec tamen se prodat, rem manere apud inventorem: eumque, superveniente etiam domino, si ab initio animum fraudandi non habuerit, bonæ fidei possessoris jure gaudere. Posse etiam a Lege vel Magistratu, postquam publicis proscriptionibus in dominum satis inquisitum, præsumpta derelictione, dominium ipsimet vel pauperibus addici, * ambigendum non videtur. Platonis enim sententia *d. l.* XI. qui res amissas & publice jacentes ne quidem vult tangi, sed numinis Itinerarii custodiæ relinqui, vere Platonica, id est ἄπρακτος est, in hac injustitia avaritiaque hominum.

22. Prope eodem fundamento doctrina de Thesauro nititur, ut per occupationem adquiratur.

S c h o l i u m.

Magis per accessionem. vid. Not. ad Strauch VI. 32. pr.

R e s p o n s i o.

Occupationem arguunt verba l. 31. §.1. de A. R. D. *Thesaurus fit ejus qui invenerit. Pone locum esse nullius, totus fit inventoris, vi sane occupationis. In loco proprio inventus, fit etiam totus ejus qui invenerit*, §. 39. h. t. *non jure accessionis, sed ob æquitatem naturalem, habetur in* d. §. 39. *fundatam in occupatione, quæ nullo alterius æquitatis respectu minuitur; qualis adest, si repertus sit in alieno fundo, nam æquum est dominum lucri ex re sua facti participem fieri: accessiones semper habent relationem usus & ordinationis ad res principales*, l.19. in fin. de aur. arg. leg. *cujusmodi nihil in Thesauro, fundi respectu intelligi potest.*

N. A d d i t.

Romani in doctrina de Thesauri adquisitione sæpe variarunt, cujus variationis historiam exposuit erudite Schilterus, Ex. 45. ad Pand. §.25. seqq. *Tribonianus vero, etsi Pandectis inseruerit sententiam Pauli, Thesauri adquisitionem satis aperte referentis ad genus occupationis, in Institutionibus tamen*, §. 39. Inst. de R. D. *& reliquis Justiniani Constitutionibus, propius accessit ad accessionis doctrinam. Quod sic probo. si quis invenit Thesaurum in fundo proprio, ipsius est. Hic nescias, an jure occupationis, an jure accessionis,*

* Ita in Saxonia, postquam inventor proclamationem consuetam procuravit, nemo vero, qui dominium deducere posset, intra sex septimanas comparuit, duæ partes rei inventæ fisco, tertia inventori adjudicatur. *LR.* L. 2, a. 29. 31.

nis. poterit enim ea conclusio deduci ex utroque jure. Si quis casu fortuito in fundo alieno invenerit, dimidium inventoris est, dimidium domini. Hic iterum nescias, cui dederit praerogationem Justinianus, an occupationi, quam allegat inventor, an accessioni, quam urget Dominus fundi. At si quis data opera invenerit thesaurum in alterius fundo, totum thesaurum adquirit Dominus, non in poenam inventoris, (nam alias occupans in fundo alieno res nullius, etiam data opera, non obstante etiam prohibitione Domini, tamen adquirit, ut ex primis principiis constat) sed jure accessionis, nec enim aliud ullum jus subest. Unde miror, cur Autor in responsione hanc speciem plane omiserit. Ex qua tamen facile potest dari alia ratio, cur tamen, si quis casu invenerit thesaurum, dimidium accipiat. Neque enim id ideo fit, quod aequum sit, dominum lucri ex re sua facti fieri participem, nam alias etiam dominus fundi deberet accipere dimidium ferarum in fundo suo captarum, sed potius, quod aequum sit, ut dominus fundi qui accessionem hanc ignorabat, eum participem faciat lucri, quo divina prudentia uti voluit tanquam instrumento innocente ipsum ditandi. Jam etiam facile responderi potest ad casum Autoris de thesauro invento in loco nullius. Hic utique totus fit inventoris, & quod additur, vi sane occupationis, etiam verum est; Sed simul verum est, etiam jure accessionis, quia in hoc casu totus fundus nullius est. Si igitur totum fundum occupet, thesaurum adquiret jure accessionis. Si solum thesaurum, jure occupationis, quia nemo adest, qui jure accessionis uti possit. Quod vero porro additur; in Institutionibus haberi, thesaurum in loco proprio inventum fieri totum inventoris, ob aequitatem naturalem, E. non jure accessionis; non magis cohaeret, ac si ego contra vellem inferre, ergo non jure occupationis. Quis enim dubitaret. & occupationis & accessionis modum niti aequitate naturali? Imo tantum abest, ut mentio aequitatis naturalis ibi opponatur sive occupationi, sive accessioni, ut potius verosimile sit, eam respicere ad leges praecedentium Imperatorum thesauros fiscis indistincte vindicantes. Denique falsum est, quod Autor dicit, accessiones semper habere relationem usus & ordinationis ad res principales: neque istud dicit allegatus textus. Nam quin praeterea & pars naturam accessorii habeat in relatione ad totum tanquam rem principalem, nemo dubitat. Atqui thesaurus, cujus dominus ignoratur, in fundo absconditus, est pars fundi.

(y) *Pos* 53. *& seqq.*

(y) Est autem nihil aliud Thesaurus quam vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria sic ut jam dominum non habeat. *l.* 31. §. 1. *de A. R. D.* Per pecuniam quaevis intelligi mobilia, probatur ex *l. un. C. de Thesaur.* ubi; *condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia*, quomodo thesaurum Leo definit. Plane si dominus pecuniae illius, vel nullus; vel plane ignotus sit, naturalis ratio monstrat, eam non posse quam invenientis fieri. Alias certum est, quod Hotomannus ad §. 39. notat, *non omnes defossas abditasque pecunias huic legi jurique subjectas esse*, quam in rem subducit ac illustrat speciem *l. 67. de R. V.* Proinde si quis dominii sui fidem faciat, huic non magis thesaurus, quam aliae res amissae, negari possunt. *l.* 31. *in fin.* §. *ult. de A. R. D.* Eamque ob causam ex Platonis sententia oraculum erat consulendum, *d. lib. XI. de Leg. princ.* Ἡ πόλις, inquit, εἰς Δέλφους πεμπέτω, καὶ ὅ θεὸς ἀναιρῇ περί τε τῶν χρημάτων καὶ τοῦ κινήσαντος, τοῦτο ἡ πόλις ὑπηρετοῦσα ταῖς μαντείαις δράτω τοῦ θεοῦ, *Civitas mittat Delphos, & quicquid Deus responderit de thesauro & qui amovit eum, id civitas vaticiniis obtemperans, facito.* Verum si dominum jam non habeat thesaurus, ut ponit *d. l.* 31. §. 1. tunc ita juris est; qui in suo fundo, seu casu sive industria reperit, is totum facit suum. Qui in alieno data opera, totum domino terrae restituet; sed qui casu fortuito, partem dimidiam sibi retinet, alteram domino fundi praestare debet. *d. l. un. & hoc.* §. 39. Sed Thesaurus magicis artibus inventus a fisco vindicatur. *d. l. un.* Quanquam Bodinus in *daemonomania sua* negat, diabolum habere hanc potestatem, ut servis suis thesauros praestet, multisque ostendit exemplis, magos id operam dantes, fuisse vel delusos vel terribiliter repulsos, prout sane plerosque huic infelici artificio deditos cum paupertate colluctari, aut minime profecto ditescere videmus.

Porro etsi thesaurus ut res Nullius consideretur, non tamen, ut dictum, totus invenienti cedit, quemadmodum res aliae Nullius; sed domini fundorum vocantur in partes, quod secus esse in feris bestiis aliisque rebus, quae occupantur, intelleximus. Bestiae enim, quae vagantur, nullo respectu magis ad agri in quo sunt dominum, ac alium quemvis pertinent, ut nec caetera in superficie soli reperta. Sed thesaurus magis afficit fundum, e cujus visceribus eru-

Digitized by Google

eruitur, in quo tot annos reconditus latuit, nec tantum fortunæ vel industriæ, ut reliqua occupata, sed & loci beneficium videtur; cui præsumptio accedit, quod ab antecessoribus præsentis possessoris reconditus videatur. Imo quod magis est, cum feræ aliaque in terris alienis capta, licet studio dominoque invito, capientis omnino fiant, thesaurus in tuo agro a me data opera quæsitus & repertus, tibi totus cedit. *d. l. un.* Sed cur non & hic investigationis peccatum punitur, ut tamen dominii adquisitio procedat, quemadmodum *supra* toties audivimus? Nempe, non cuilibet peccato id indulgendum, ut auctori suo, licet alio respectu, juris effectum tribuat. Longe differt ingressus in fundum alienum a persecutione subterranea & effossione ac eversione fundi alieni. Domini autem fundorum omnes intelliguntur, qui vere tales sunt, seu privati, sive etiam Respubl. vel Cæsar, aut Fiscus, quibus nihilo plus juris, quam reliquis tribuitur, *d.* §. 39. *h.* quod moribus Europæ est aliter, quibus promiscue omnes thesauri fisco vindicantur, teste Grotio *lib.* 2. *c.* 8. *n.* 7. *de J. B. & P.* quanquam de jure Saxonico * aliter Treutlerus testatur *vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 2. *lit. G.* & nostro Frisiorum jure nihil hac parte mutatum reperitur, sed juris civilis observantia viget. Cæterum domini appellatio stricte hic sumitur, ut etiam maritus in dotali fundo; licet revera dominus repertum thesaurum restituere debeat. *l.* 7. §. 12. *Sol. matrim.* Multo minus pro dominis habendi, qui alios agnoscunt dominos, dum ipsi fructus & emolumenta habent; neque enim in fructu thesaurus est, *l.* 63. §. 3. *de A. R. D.* proinde, an Emphyteuta pro domino habendus, quem abusive talem dici, probavimus *supra n.* 13.? Rationes, quibus pro Emphyteuta DD. moventur, habet Schneidew *ad* §. 39. *h. t.* quas refutat D. Wissenbach. *p.* 2. *ad ff. disp.* 18. *th.* 14. alibi videbimus, *adde sis* Vinn. *h.* Atque ita juris est, si thesaurus in loco proprio vel alieno repertus sit. Quæstio de iis superest, qui in sacro vel religioso inveniuntur; In *d.* §. 39. secundum Hadriani Edictum & Naturalem æquitatem, toti ad inventorem pertinere dicuntur; nam quia sacra in Nullius dominio sunt, sequitur, solum occupationis jus superesse, quo res inventori addicatur. Tamen *lex* 3. §. *pen. de jure fisc.* thesaurorum in locis sacris repertorum partem dimidiam a Fisco auferri tradit. Cujus rei desperatam conciliationem habent plerique citati a D. Wissenbachio *disp.* 10. *ad Inst. th.* 34. ubi tamen quod Hotomannum inter conciliatores recenset, aliter liquet ex comment. *ad. d.* §. 39. Scilicet, sacra loca & religiosa, proprie loquendo Nullius omnia sunt; tamen ratione finis & usus quædam esse privata, quædam publica, diximus *supra*. De illis agitur in *l.* 5. *& seq. de Relig.* ubi familiaria & hereditaria sepulcra; de his Aggenus Urb. *in lib. de limit. agr. Sunt*, ait, *in suburbanis loca publica, inopum destinata funeribus, quæ loca Culinas appellant.* Jam quid vetat *d. l.* 3. §. *pen.* de hisce, at §. 39. de privatorum sepulturis & ædibus intelligi, ut in illis Fiscus jure dominorum utatur, quod privatis non tribuatur? Neque enim insolitum Fisco aliquid prærogativæ adscribi. vid. D. Vinn. *hic.*

23. Denique missilium adquisitio ad occupationem referenda videtur. Plerumque in traditione tam adquirentis, quam cedentis personam debere certam esse, res loquitur; fieri tamen posse, ut incertæ personæ dominium quæratur docet Imp. exemplo missilium, quæ hoc animo jaciuntur, ut quod acceperit quisque proprium id habeat, §. 46. *h.* nec scrupuli quicquam est, quo minus justa illa traditio videatur, quia voluntas spargentis & apprehendentis est perspicua, licet præcedens destinatio vaga atque incerta fuerit. Consules atque Prætores missilia spargere solitos narrat Imperator; idque ut Theophilus addit, *ἢ ἐν ταῖς προτελεύσεσιν, ἢ ἐν ταῖς θέαις, in processibus aut in spectaculis.* Qui ex veteribus Rom. magistratibus corrumpendæ plebi se dabant, generosius patrimonia sua effundebant, ludis ad miraculum sumptuosis, viscerationibus, epulis, pecuniis universo populo viritim sine fine modoque præbendis. Augustus, subacta plebis licentia, fere primus legitur jocandi causa privatim obsonia, poma & res missiles sparsisse diripiendas apud Sueton. *In Octav. c.* 98. aliquando etiam *σύμβολα εἰς τὸ θέατρον ἔῤῥιψε, in theatrum symbola sparsit*, teste Dione *lib.* 49. De Caligula vid. Sueton. *cap.* 18. Item Nero, qui sparsit *tesseras frumentarias, vestes, aurum, argentum, gemmas, margaritas, tabulas pictas, mancipia, jumenta, mansuetas feras, novissime naves, insulas*

* Ita est omnino. Nam licet ex verb. *L. R. L.* 1. *art.* 35. *Alle Schatze unter der Erden begraben, tieffer denn ein Pflug gehet, gehoren zu der Koniglichen Gewalt* nonnulli omnes thesauros ad fiscum pertinere velint, v. Reinh. *diff. Jur. Sax. p.* 6. *diff.* 13. Zobel. *p.* 2. *diff.* 62. Constitutio tamen Electoralis 53. *p.* 2. aliter hunc textum explicat, & ad ulteriora verba, *Silber mag auch kein Mann.* d. art. 35. respiciendo, ad auri argentique fodinas restringit. v. Heig. *p.* 2. *qu.* 13. *n.* 55. Moller. *ad d. C. n.* 2. Quam interpretationem temere sugillat Bachovius *ad Treutlerum*, cui respondit, Carpzov. *ad. d. C. def.* 4.]

Digitized by Google

sas, *agros*, per tesseras scilicet. Apud Græcos idem a Magistratibus factitatum ex prohibitione Marciani colligitur in *l.* 2. *C. de Conf.* & concessione spargendi argenti a Justiniano facta, *Nov.* 105. tertiaque prohibitione Leonis *Nov.* 94. Scilicet, hæc missilia sparsa in vulgus fiunt occupantium, ut docet Imp. *in* §.46. *h. t.* quanquam & ad traditionem, quæ fit in personam incertam, eorum adquisitio referri potest, ut fit *in d.* §. 46.

DE ACCESSIONE.

24. (z) Secundus modus adquirendi Dominii est *Accessio*, qua res una principalis trahit alteram ut sibi junctam & quasi partem sui; Estque duplex; *Naturalis* vel *Artificialis*. Naturalis, quam natura; Artificialis, quam homo facit ad Rem. Naturalis exempla sunt in fœtura animalium, Alluvione, Avulsione, Insula in flumine nata & mutatione alvei. Fœtuum quod attinet, Jus Romanum hoc tenet; Dominum fœtus eum esse ad quem pertinet animal, ex quo est editus, partum sequi genitricem, non genitoris Dominum, tam in servis, quam bestiis. §.*pen. I. de jur. perf.* §.19. *h.l.*6. *de A.R.D.* At scrupulum facit, quod fœtus animalium sint res separatæ, nec pro accessionibus genitricum habendi videantur per *l.* 3. *de pecul. leg. l.* 63. *de Leg.* 1. ubi Celsus falsi arguit Servium, qui partum ancillæ accessionem ejus putabat. Doctores hanc ob causam duplicem faciunt accessionem, discretam & continuam. Discretæ exemplum ponunt in genitura, quia quod natum a ventre separatum est. Verum dici potest, Fœtus adquisitionem non tum spectandam esse, cum in lucem est editus, sed ubi conceptus & adhuc in ventre situs est, quo tempore pars genitricis & *pars viscerum* vocatur in *l.* 1. §. 1. *de inspic. vent.* & procul dubio accessionis loco habetur, estque in dominio ejus qui jus habet in ventrem, quod ita inchoatum & adquisitum, non potest tum desinere, postquam fœtus, cura sumptuque domini ab utero separatus est. Libertas aut servitus competere incipit fœtui dum adhuc in visceribus est, *tit. I. de ingen.* & jus patriæ potestatis adquiritur in filium aut nepotem statim atque conceptus est, necdum natus, §.*pen. I. Quib. mod. jus Patr. Pot. solv.* Ideoque nulla causa est, cur non æque dominium fœtus ante nativitatem existat; quod etiam venditione animalis in alium transferri potest ac solet. Aliter philosophatur Grotius *lib.* 2. *c.* 5. §. 29. & *c.* 8. *n.* 18.

25. (a) Sequuntur duæ Accessionis species; Alluvio & Avulsio. Quarum illa est incrementum latens (proprie causa incrementi) quod mare vel flumen agris insensibiliter adjecit. §. 20. *h.* Et quanquam particulæ istæ plerumque aliorum terris abrasæ aliis affluant, juxta illud *Lucani*; *Illos terra fugit dominos, his rura colonis Accedunt, donante Pado*, quod & in nostri experientia testatur; quia tamen ignoratur unde venerit, ideo pro *nullius* habentur iisque adquiruntur, quorum fundis sunt adjectæ & quorum partes sunt factæ, eorumque jus & conditionem in omnibus sequuntur, vid. Balduin. *hic.* Grotius tamen *l.* 2. *c.* 8. §. 12. naturaliter alluvionis lucrum pertinere ad eum docet, cujus est flumen & alveus, cum & ripam ejusdem esse statuat in §. 9. *d. cap.* Proinde, quod privatis alluvio adscribitur, id niti præsumpta concessione populi, qui est dominus fluminis. Quæ præsumptio cessat in agris limite certo discretis vel mensura expressa comprehensis, quibus ultra eum limitem vel mensuram nihil incrementi concessum videtur, *l.* 16. *de A.R.D. l.* 1. §. 6. *de flumin.* dum tamen sciamus, non ubicunque mensuræ aliqua fit mentio, ita juris esse; nam si possideantur agri simpliciter usque ad mare vel flumen, tum alluvio obtinebit, etsi venditores numerum aliquem jugerum profiteantur; modo adjectum sit, ut apud nos fit, *seu plus seu minus in corpore agrorum extet*: atque id servari puto in Oceani incrementis, quæ in Septentrionali litore Frisiæ extra publicos aggeres luculenta sunt. Cæterum, in lacubus & stagnis Jus alluvionis non agnoscitur, ait Callistratus in *l.* 12. *de A.R.D.* addita ratione, quia, etsi crescunt & decrescunt, retinent tamen suos terminos; cum quod per æstatem fit aridum, hyeme rursus inundetur; ob hanc inconstantiam, in iis nullam accessionis vel decessionis rationem habendam monet Alfenus in *l.* 24. §. *ult. de aqua & aquæ pluv.* Indicare tamen illa ratio videtur, si quando in lacu publico vera, constans & durabilis alluvio fiat, ut experientia testatur fieri, idem juris in iis esse, quod in fluminibus, idque de nostris in Frisia lacubus, qui non minus sunt perpetui quam flumina, omnino dicendum videtur; Unde D. Sandius *lib.* 5. *tit.* 2. *defin.* 2. de lacubus & de fluminibus promiscue & eodem jure, quoad alluvionem & exsiccationem, loquitur.

Avulsio est incrementum (sive causa incrementi) quo vi maris vel fluminis pars alieni agri

(z) *Pos.* 58. & *seqq.* (a) *Pos.* 62. & *seqq.*

Digitized by Google

agri nostro palam adjicitur; quæ cum in dominio maneat, nihil obstat, quo minus ea vindicari possit, §. 21. *h. t. l.* 5. §. 3. *de R. V.* quod multo magis de rebus aliis inundatione in agros aliorum delatis, statuendum, quæ se nullo modo ut accessiones habere possunt. Quo pertinet, quod Trebatius refert, apud Ulpianum in *l.* 9. §. 1. *de dam. inf. Cum Tiberis abundasset, & res multas multorum in aliena ædificia detulisset, interdictum a Prætore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent, auferrent*: sua tollere, auferre, jus vindicandi satis arguunt. Idem tamen Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *de reb. cred. Ea quæ vi fluminum importata sunt*, inquit, *condici possunt.* Cur *condici*, cum dominium manserit? Tunc enim nulla condictio est. §. 14. *I. de action.* Aut igitur *condicere*, hic generaliter agere vel petere significat, ut Balduinus *hic*; aut dicendum, res importatas in *d. l.* 4. fuisse tales, in quas alioqui ante inundationem possessori condictio saltem, non vindicatio competebat; vel potius, quod loquatur de terra alterius agro adjecta, quæ coaluit; hanc condici posse, id est, pretium ejus peti, qua alterum locupletari mea cum jactura par non sit. Ubique enim in hac materia, is, cui dominium decedit, actionem pro indemnitate pretioque retinet. §. 26. *h. t.* Idque etiam hic obtinere, postulat æquitas, etsi scrupulum moveat D. Vinnius. Nempe igitur, ubi pars alieni agri per avulsionem meo fundo adjecta coaluit, sic ut frustra distingui nequeant, tunc mutari dominium mihique partem avulsam adquiri, notum est ex *d.* §. 21. Coalitio autem facta dicitur, cum nova pars unitatem cum terra nostra fecit, ut ab ea distingui nequeat. *l.* 9. §. 2. *de damno inf* cujus rei argumentum habemus, si arbores una avulsæ, in meum fundum radices egerint, *d.* §. 2. quæ tamen nota minime semper exigi potest, cum nec agri omnes ferant arbores, neque hæ in extremitate partis adjectæ, ut radices ad alteram pertingant, semper positæ reperiantur. Cæterum de avulsione, quæ fit vi maris vel fluminis, hactenus nobis sermo est, cujusmodi exempla non desunt in historiis. An idem erit, si qua terræ motu contingat, quod rarum? Mirabile exemplum habet Bakerus *hist. Angl. in Elisab. cap. de memorab.* Anno 1571. *die* 17. *Febr.* montem cum agro viginti jugerum in Comitatu Herefordensi, sublatum actumque per aërem esse, cum arboribus & pecudibus per 36. horas, donec subsisteret. Quæri poterat, utrum is ager prioris domini fuerit, an ejus, cujus fundo incubuerat, quod verius videtur; nisi juxta aliorum prædia in aqua substitisset; tunc enim a priore vindicari posset. Simile miraculum postea contigit anno 1583. in Comitatu Dorsetensi, cum campus trium jugerum eodem modo translatus est, ut idem auctor *eodem loco* refert. Idem *in Henrico I. cap. de memorabil.* refert, apud Insubres integrum pagum terræ motu fuisse transpositum.

26. (b) Sequitur de insulis novis & primo de his quæ in mari nascuntur, quæ sunt rarissimæ; etsi quædam exempla Plinius habeat, *l.* 2. *c.* 85. *& seqq.* adde Jonston. *Thaumatogr. l.* 2. *Class.* 2. *cap.* 8. *art.* 1. quanquam Vir Clarissimus P.V. *ad hunc* §. minime raras, sed frequentes ejusmodi insulas esse scribit, quod res & dies & experientia non admittit neque ratio, cum ea sit violentia & vis reciprocantis æstus, ut coalitionem materiæ ad insulam congregandam aptæ, difficulter admittat. De his autem, si nascantur, expedita decisio est, quod ejusdem juris cum Mari sint & occupantium fiant, §. 22. *h.* eadem ratione, quam in cæteris rebus Nullius supra vidimus. In fluminibus insulæ frequenter nascuntur, ut Justinianus testatur; Pomponius tres modos recenset in *l.* 30. §. 2. *de A. R. D.* Primus, *cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit*; sed hoc casu proprietas non mutatur, cum ager salvus maneat, tam quoad superficiem, quam fundum, ut & in fine *d.* §. 22. habetur. Alter modus, cum locum, qui alvei fuit, flumen relinquit siccum & circumfluere cœpit. Tertius, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit & eum alluendo auxit; qualis fuit origo insulæ Tyberinæ ex frumento Tarquinii de campo Martio desecto, ut scribit Livius *lib.* 2. His duobus modis insula fit eorum, qui prope ripas prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quatenus fluvio* prætexitur, non habita ratione transversæ latitudinis, qua introrsus protenditur. Cui autem lateri propinquior insula est, in eo qui agros habent soli insulam adquirunt; si in medio sita est, communis est eorum, qui utrimque prædia possident, *d.* §. 22. si dubitetur, dimensioni locus erit. *l. pen.* §. *pen. de A. R. D.* * Hæc ita, nisi agri septo vel mensura limita-

(b) *Pos* 65. *& seqq.*

* In Albi nasciturus insulas, sibi reservavit Legislator Saxoniæ Electoralis *D. Augustus*, *Rescripto ad Quæstorem Vitembergensem an.* 1568. emisso, quod exhibet Zieglerus *de Jur. Maj. l.* 2. *c.* 15. §. 27. Alias Jure Saxonico Juris Civilis dispositio adhuc obtinet, quam confirmat *L. R. L.* 2. *art.* 56. vid. Carpzov. *p.* 2. *C.* 31. *d.* 13. Huber. *ad* §. 22. *Inst. h. t.* Conf. *Nov Meurer vom Wasser. Recht* P. I. *pag.* 7. 8. 9.

mitati fuerint, ad quos non magis insula quam alluvio pertinet; quin hoc casu insulam occupantis fieri, auctor est Ulpianus in *l.* 1. §. 6. *de Flumin.* Quod si insula sit, quæ non ipsi alveo fluminis cohæret, sed virgultis sustentata fluitat, nec solum tangit, (vide Plinium *l.* 5. *c.* 95.) hæc pars fluminis & publici juris habetur, *l. pen.* §. 2 *d. t.* Quod rationi magis convenit, quam ut occupantis fiat; nec dubitandum, quin & naturaliter, etiam in specie *d. l.* 1. §. 6. *de flumin.* insula publici juris censeri debeat, ut est ipsum flumen, non saltem quod ad usum, ut videtur velle Paulus in *d. l pen.* §. 1. sed & ipsam proprietatem.

27. Præterea volunt JCti, Alveum derelictum esse eorum, qui prope eam ripam prædia possident, *ut de insula dictum.* * Is autem ager, quem flumen mutato cursu in Alvei formam excavavit, pars fluminis est, adeoque juris publici censetur. §. 23. *h.* Si contingat, fluvium, repetito priori alveo, fossam recentem, quam fecerat, renudare, tunc iterum dicimus, accolas habere idem jus, quod habere solent in alveos exsiccatos; Prioris autem domini proprietas jam extincta non reviviscit, etsi ratio humanitatis ipsi potius, quam extraneis, favere videatur; unde Theoph. hic aperte inter jus strictum & æquitatem, τὴν ἀκρίβειαν & φιλάνθρωπον λογισμόν, distinguit. Sed Imperator præcise vicinitatis jus sequitur, in *d.* §. 23. Cajus vero æquitatem præferre creditur, in *l.* 7. §. 5. *h. t.* Distinguit is, utrum fluvius agrum alicujus totum occupet, an medium perrumpat. Si hoc, tum nihil est scrupuli, cum prior Dominus etiam sit vicinus. Non exprimit Cajus hoc distinctionis membrum, sed innuit, dum mox ait, *Cujus tamen totum agrum alveus occupaverit &c.* eoque casu clare distinguit; *Stricta ratione*, inquit, *is cujus ager fuerat*, nihil *in eo alveo habere potest*; In fine subjicit, *sed vix est, ut id obtineat*, hoc est, usu hominum iste rigor juris non frequentatur.

Alia dintinctio suppeditatur a Pomponio & Alfeno, in *l.* 30. §. 3. & *l.* 38. *h. t.* in qua videtur acquiescendum: si flumen repente eodemque impetu recesserit ex novo alveo in priorem, tunc restitutus alveus a domino recuperatur, *l.* 30. quam non modo de inundatione, ut *Grotius*, sed & alvei mutatione loqui, e *fin.* *d.* §. 3. intelligitur; quod si paulatim & minutatim retro abierit, vicinis adquiritur, *l.* 38. ita ut illa brevis alvei mutatio inundationi adsimuletur: hanc enim fundi speciem, & proinde dominium non mutare, docetur in §. 24. *h.* (c) Est quippe præter naturam & solitum aquæ fluxum inundatio, ideoque brevi intra terminos suos reditura speratur, agro in priori specie relicto, cum alvei mutatio, fundum & excavet & stabilito fluminis cursu, comparata sit ad perpetuitatem. Atqui Pomponius in *l.* 23 *Quib. mod. ususfr. amitt.* si ager flumine vel mari inundatus fuerit, & usumfructum & proprietatem amitti scribit. Non loquitur, ait D. Vinnius *hic*, de simplici inundatione, sed cum flumen, deserto alveo, totum impetuose in agrum alicujus perrumpit, quasi novum alveum quærens: at hæc responsio non convenit inundationi maris, de qua textus perinde loquitur. Balduinus aliique, proprietatem non penitus, sed fructu & effectu tenus amitti dicunt; Receptior distinctio est inter gradus inundationis, ut levis & brevis non mutet dominium, gravis & diuturna mutet, quod tamen juris esse naturalis, negat Grotius *d. cap* 7. §. 10. Forte Balduini responsio præferenda fuerit. (9) De possessione & usufructu simpliciter juris est; ut per inundationem extinguantur, sed recedente aqua restituantur. *l.* 3. §. 17. *de adquir. poss.* Mores hodierni præscriptionem receperunt, ut si ager toto decennio mersus fuerit, pro derelicto habitus & amissus censeatur, nisi dominus possessionem aliquo actu continuaverit, qualis etiam piscatio est, licet per eam jure Romano fundi aqua operti possessio retineri nequeat *d. l.* 23. & *l.* 3. §. 17. Idem in Hollandia servari de agris arena litorali opertis & in similitudinem litorum redactis, testatur Grotius *l.* 2. *Jur. Holl. cap.* 9. post lapsum scil. decennii; nec a juris civilis ratione id abhorrere videtur. De fluminum insulis hodie fere sic juris est, ut sint publicæ & principi cedant, nisi quod in Geldria aliisque locis, vicinorum occupantium fiant; sed ritus occupandi suavis est; oportet enim vehiculum fimo oneratum per vadum in insulam agere, ibique cantharum vini aut cerevisiæ ebibere, Grot. *d. cap.* 8. §. 14.

(c) *Pos.* 67.

(9) *De hac quæstione & sensu* L. 7. §. 1. & l. 10. §. 1. *de A. R. D. Videndus omnino Noodt probab.* lib. 1. cap. 2. *contra quem disputant Christfr. Wæchtlerus in notis ad probab. d. l. & Abrah. Wieling.* lect. jur. civ. lib. 1. cap. 12.

* Idem jure Saxonico receptum, *Lend. R.* L. 2. *art.* 56. Cæpoll. *d. Servit. rust. præd. cap.* 34. Carpzov. P. 3. C. 31. *d.* 14.

§.14. Coris *adverſ.* 4. 24. P. Voet. *hic.* in agro Putteno, ubi vicinus gladio ſuo inſulam contingere poteſt, dominium ipſi adquiritur, Grot *l.2. jur. Holl. c.9. in fin.*

28. (d) Acceſſionis artificialis exempla ſunt in §. 26. 27. *& ſeqq.* In priori agitur de eo, qui purpuram alienam ſuo veſtimento adtexuit, quem fieri dominum purpuræ, per conſequentiam veſtis, etſi pretioſior ſit purpura, docet Imp. & ratio juris, quæ dictat, acceſſionis reſpectum non referri ad diſparitatem pretii, ſed ad rem, cujus ornandæ cauſa fuit comparata. *l.* 19. §. *ult. de Aur. arg. leg.* Jam ſatis conſtat, Purpuram alienæ veſti junctam, a domino ſine dubio amitti, tantiſper dum juncta manet, ea vero ſeparata, dominium reviviſcit & vindicari poteſt, ut de tigno ædibus juncto videbimus *infra*, licet aliter in his, quæ per ferruminationem conſolidata ſunt, habeatur in *l.* 23. §. 5. *de R. V.* de cujus tamen exceptionis ratione merito dubites. Porro quamdiu res conjuncta manet, contra bonæ f. poſſeſſorem dabitur actio in factum pro pretio, quatenus ei cum alieno damno lucrum facere non licet. Quod ſi fur alienam purpuram, aut aliud quid ſuæ veſti junxerit, hic primo tenetur furti actione pœnali, tum condictione furtiva, quæ etſi domino tantum competat, *l.* 1. *de cond. furt.* tamen in hac ſpecie datur & ei, qui cum res surriperetur, dominus fuit. *d.* §. 26. Præterea, cum purpura ſeparari queat, agere poteſt dominus ad exhibendum ſeparandumque, ut purpuram ſeorſim exhibitam vindicare ſuo commodo poſſit, prout de ſimilibus traditur in *l.* 6. *l.* 7. §. 1. *& l.* 9. §. 3. *ff.* ad exhib. Ex quibus apparet, forenſe momentum in hujus rei interpretatione non eſſe adeo magnum. Fit ſane, qui jungit aliena ſuis rebus, eorum dominus; at quorſum? Si bona fide ſit, tenetur ad pretium, ſi fur ſit, inſuper duplum præſtat: quin ipſa res & dominium ei poteſt extorqueri, levi circuitu facto per actionem ad exhibendum.

29. (e) Sequitur ædificatio in §. 29. *&* 30. de qua regula traditur; *Quod ſolo inædificatur, ſolo cedit*, idque tam naturali, (diſſentiente iterum Grotio *d. cap.* 8. *lib.* 2. §. 21. *de J. B. & P.*) quam civili jure, ut Cajus affirmat in *l.* 2. *de ſuperfic.* Ideo qui ex aliena materia in ſuo fundo ponit ædificium, ipſe ejus intelligitur dominus, non quia ædificavit, ſed quia ſolum ipſius eſt. Sed ecce ſubtilitatem juris Romani; quanquam domus cedat Domino ſoli, tignorum tamen & lapidum omniſque materiæ dominium ille non conſequitur, ſed hæc prioris domini manent. *hoc* §. 29. *l.* 7. §. 11. *h. t.* Sunt enim res diverſæ ædificium & cæmenta, tigna aliæque res ex quibus ædes conſtant, *l.* 7. §. 2. *de except. rei jud.* unde qui domum poſſidet, ſingulas res poſſidere non intelligitur, & qui uſucepit eam, is ad materiam ædium reſolutarum uſucapiendam novi temporis indiget *l.* 23. *pr. &* §. *ult. de uſucap.* atque ita non oſtenditur Regula *l.* 5. §. *ult. Commod.* quæ negat, duorum ejusdem rei in ſolidum poſſe dominium, vel poſſeſſionem conſiſtere. Porro dominium materiæ a lege ita cohibitum eſt, ut ædificii dominium non deſtruat neque turbet. Hinc nemo ſua tigna alienis ædibus juncta ſtante ædificio vindicare poteſt, neque ad exhibendum de iis agere, quia Lex XII. Tab. ne ruinæ adſpectum urbis corrumpant, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* id prohibuit, *h.* §. 29. idemque de vineis traditur in *l.* 1. *de tigno junct.* Ne tamen dominus tigni injuriam queri poſſit, datur ei actio per quam non modo pretium, ſed & omne id quod intereſt conſequitur, actione in factum in duplum, *d.* §. 30. *& l.* 1. niſi forte tignum ita ſit junctum, ut ſine ruina vel gravi detrimento eximi queat; tunc enim nulla eſt ratio, cur non ædificator eximendo tignum, ſi deterius non ſit, liberare ſe poſſit. Nam quod Lex XII. Tab. dicitur *non permittere* tignum ſolvi aut vindicari, id reſpectu domini tignum repetentis intelligendum; de ædificatore cavit eadem lex, ne is tignum eximere *cogatur ne* ædificia reſcindi *neceſſe ſit*. §. 29. *h.* Cujuſmodi verba non inferre quidem neceſſario licentiam *ſi velit*, alibi oſtendimus; tamen ubi nullæ ſunt rationes in contrarium, a naturali ſignificatione verborum, quæ facultatem ſupponit, non eſt recedendum. Actio igitur in duplum conſtituta eſt in favorem ædificantis, ne is domino rem vindicare volenti cum ſtrage domus ſuæ parere cogatur; ſed redditionem ipſius rei, præſtando duplum loco ejus quod intereſt, evitare poſſit: vide ſis Rævard. *c.* 23. *ad L. XII. tabb.* Igitur quicunque non poteſt cogi ad ſolvendum tignum, neque id ſolvere vult, is tenetur in duplum, *l.* 23. §. *pen. de R.V.* atque ita non is tantum qui mala, ſed & qui bona fide junxit, *cui propter optionem*, *de qua diximus*, injuria non fit; etenim ſolvat atque reddat tignum, ſi gravari ſe putet. Idque textus evincunt in *d.* §. 29. *l.* 23. § *pen. d.* R. V. *& l.* 7. §. 10. *h. t.* Nec aliud eſt in *l.* 98. in

(d) *Poſ.* 69. (e) *Poſ.* 70. *& ſeqq.*

Digitized by Google

in fin. de Solut. Lex XII. Tab. *tignum ædibus junctum vindicari posse scit*: hoc est; Novit dominum suo jure posse tignum repetere; *Sed interim id solvi prohibuit*; cum id sciret, jus illud dominii impedivit; *pretiumque ejus dari voluit*, jussit dominum esse contentum æstimatione tigni, & quidem, ne conqueratur, duplum indulsit; non prohibet dominum reddere tignum; quod facturus non est, si absque ruina ædium solvi nequeat. (10)

SCHOLIUM.

Satis quidem erudite pro hac sententia disputat Auctor in prælect. *Sed his tamen non obstantibus, retinemus adsertionem contrariam, per dicta ad* Strauch. VI. 45. p. 77. *Momentum controversiæ in eo consistere videtur, an solutio tigni in* l. 6. D. ad Exhib. & in l. 98. in fin. de Solut. *prohibita, spectet ad actorem, an ad reum? Ad actorem spectare, putat noster* d. l. *Sed ad reum spectare, innuit, ni fallor*, l. 1. pr. h. t. *ubi Ulpianus: Lex XII. Tab. neque* (reo) *solvere permittit tignum ædibus vel vineis junctum, neque* (actori) *vindicare.*

RESPONSIO.

Si ab hujus L. interpretatione res pendet, facilis expeditio est. Lex XII. Tab. prohibuit solvere tignum ædibus junctum actione ad exhibendum, qua hoc petit actor, ut clare docet l. 6. ff. ad Exhib. *& per eandem vetat directe tignum vindicari; reliqua jam dicta dicendo non repetimus.*

N. ADDIT.

Ego vero hanc explicationem non intelligo: Lex XII. Tab. prohibuit solvere *tignum actione ad exhibendum, qua hoc petit actor, ut clare docet l. 6.* ad Exhib. *Verum est, docet id* d. l. 6. *quod hoc petat actor. Sed non docet, quod petere solutionem & solvere sint unum idemque, & quod prohibitio solutionis sit eadem cum prohibitione petitionis solvendi, quod erat in quæstione. Ergo potius proderit addere dicta, ad quæ provocat Scholium.* Dixeram ad Strauchium, (*qui etiam putat, b. f. possessorem posse liberari eximendo tignum.*) *Potius negatur quæstio, quia verba l. 12. tabb. sunt prohibitiva.* l. gemma 6. vers. aliter. ff. ad exhibend. l. qui res suas. 98. §. ult. ff. de solut. l. 1. pr. ff. de tigno junct. Locam. quæst. Justin. 37. *Conf.* Brunnem. exerc. 6. ad Inst. p. 52. *Quamvis ergo quandoque in legibus dicatur, non cogi ædificatorem tignum eximere, inde tamen non concludere licebit, Ergo, si velit, potest; quippe argumenta a contrario sensu contra alios textus expressos non procedunt. Illud autem, quod lex 12. tabb. non nisi ordinariam actionem ad exhibendum & rei vindicationem impedire voluerit, ab Auctore non probatum, quin potius aliud apparet ex* l. 1. pr. ff. de tign. jun. *verb.* ne vel ædificia.

Utrum vero tignum sit furtivum, id est, a tertio surreptum fuerit, vel secus, nihil interesse potest, etsi mentio furtivi sæpe fiat simpliciter, qua de re *ad tit. ff. de tign. juncto*; quia vindicandi jus domino, citra furtum, æque competit, ideoque & prohibita vindicatio eadem actione dupli compensanda est; neque ratio exigit, ut ædificator ideo in duplum mulctetur, quia tertius furtum in tigno commisit, nec enim alieno odio pravandus quisquam: sed & textus citati generaliter de tigno alieno loquuntur & ratio, ne deformetur aspectus urbis ruina ædium, non magis locum habet in furtivo, atque aliis tignis trabibusque: Quod si de non furtivo tigno rei vindicatione vel ad exhibendum agi nequeat, ut certe non potest, metu ruinarum, *arg. l. 1. de tign. junct.* dupli actionem de eo dandam esse, caret omni dubio, *d. l. 23. §. pen. de R. V.* Tigni vindicatio negatur domino in gratiam ædificantis, ne destruere domum cogatur: hic favor non minus ei impertiendus, qui tignum sine furti vitio junxit, quam ei, qui furtivum: Ergo neutrum vindicari potest, sed de utroque in duplum agi. Nec est tamen quod absurdum videatur, furem & mala fide ædificantem, ejusdem conditionis cum eo, qui bonam habet fidem, censeri. Nam furti pœna, ut sæpe dictum, a ratione dominii separata est: Proin si is ipse, qui junxit tignum, furatus id sit, nulla causa est, cur non ut fur civiliter ac criminaliter puniatur, tametsi tignum repeti nequeat; quod si tertius surripuerit, idque sciat is, qui junxit, præter actionem in duplum, tenetur actione ad exhibendum in id quod interest, quasi dolo possidere desierit, *d. l. 1. & l. 23. §. pen.* Cæterum, diruto ædificio, quia dominium ipsius materiæ mutatum non fuit, priori domino datur Rei vindicatio, cessante tum ratione Legis de metu ruinæ: verum & hic inter bonam ac malam fidem interesse, Justinianus indicat *in fin.* §. 29. si jungas *l. 2. de tign. junct.* Nam Imperator ita dat rei vindicationem, *si non fuerit duplum jam consecutus prior dominus*: Ulpianus in *l. 2.* rei vindicationem superesse affirmat, etiam cum actum

(10) *Cum Auctore sentit Vinnius ad hunc §. 29. Contraria tamen sententia, quam & Thomasius his & Heineccius in notis ad Vinnium sequuntur, magis probabilis apparet, propter verba prohibitiva legis XII. Tab.*

actum est tigni furtivi nomine in duplum; quæ loca sibi non constant, nisi §. 29. de bona fide, & *l.* 2. de fide mala intelligas. Quidam Tribonianum accusant, quod is ea verba, *si non fuerit &c.* de suo adjecerit in §. 29. cum non reperiantur apud Cajum in *l.* 7. §. 10. *h. t.* unde §. *ille* est descriptus, idque conciliationis loco sufficere volunt. Sed cum Institutiones, ut Tribonianus eas edidit, confirmatæ sint, ac ita vim Juris habeant, nihilo secus ea verba, etiamsi adjecta, valebunt, quam si in *d. l.* 7. §. 10. haberentur; atque ita nihilominus quærenda conciliatio, quam nunc dedimus. Moribus hodiernis quanquam actio in duplum non usurpatur, solvere tamen ædificator tignum non cogetur; eadem servandarum ædium causa quæ fuit Romæ, sed Domino materiæ, actio in factum in id quod interest dabitur. Zypæ. *notit. tit. de rei vind.*

30. (f) Hæc de eo qui ex aliena materia in suo solo ædificavit. Ex diverso, si quis in alieno fundo ex sua materia domum ædificaverit, dominium ædificii pertinet ad eum, cujus est solum: Materia autem, si bona fides adsit, manet ædificantis.* Sed qui sciens in aliena terra posuit domum, is non modo structuram, sed ipsius quoque materiæ dominium absolute perdit, adeo ut ne soluto quidem ædificio eam recuperet; aut vindicare, vel tollere possit, quoniam ultro eam alienasse & donavisse creditur. §. 30.*h.l.* 7. §. 12.*h.t. arg. l.* 53. *de R. J.* At, quia *lex* 2.*C.de R.Vind.* expresse post dissolutionem, materiam ad pristinum redire dominum tradit, *sive bona fide*, *sive mala ædificium exstructum sit.* Exceptio additur: *si non domandi animo ædificia alieno solo imposita sint*, quod in *d.* §. 30. *& l.* 7. §. 12. semper de mala fide præsumitur ac statuitur. Hæc tamen exceptio, collata cum *l.* 37. *de R. Vind.* ἀναθεώρησιν conciliandi præbet; ut materia amitti dicatur, nisi ædificans probabilem dubitandi causam habuerit, an solum esset alienum, vel si litigiosum hoc fuerit; tunc enim non habuit donandi animum, quia & solum sibi mansurum sperabat, denique, si fundum bona fide nactus, sub ædificandi tempus scire cœperit esse alienum, quæ est species *d. l.* 37. Jam si adeo materia per malam fidem amittitur, certum est, nec impensas structuræ servari posse, cum ædificium sine scrupulo funditus amittatur. Tamen Interpretes rotunde hic docent, mala fide ædificantem servare impensas necessarias, ex *l.* 5. *C. de R. V. & l.* 38. *de Hered. pet.* quo obtento, sequetur, malam fidem non obstare, quo minus omnis materiæ, sine qua ædificium esse non potuit, pretium exigatur, ac ita aperte eludetur sanctio §. 30. Sed plane dicendum *d. l.* 5. *& l.* 38. loqui de impensis in domum alienam antea exstructam factis; hic res flagitat, dominum refundere debere sumptus, quibus carere domus non poterat, quia ipse eos perinde fecisset; sed in ædificio novo, de quo agitur *d.* §. 30. diversa ratio liquet, quia arbitrarium, non necessarium est, ædes novas educere, in quibus impensæ quoque omnes, nedum materia, fere sunt necessariæ, quæ in exstructis conservandis modicæ sunt. Nihil igitur ex tali ædificio servat mala fides, nec pretium, sed oleum & operam omnino perdit. (11) Qua in re praxis hodierna mitius comparata est, quæ malæ quoque fidei possessoribus tollendi facultatem, vel impensas repetendi concedit, testibus quos citat D. Voetius *ad* §. 31. *in fin. h. t.* At bonæ fidei ædificatores, non modo materiæ dominium retinent, sed cum eam vindicare nequeant, pretium ejus consequuntur & mercedes quoque fabrorum aliasque impensas non voluptuarias per exceptionem doli mali servant. *d.* §. 30. Idque *si in possessione constituti* sint, tum, inquam, exceptio datur. Eadem æquitate, non possidentibus actio danda videbatur, ne dominus soli cum damno bonæ fidei possessoris lucrum faceret; sed nullam competere, probat *l.* 33. *de cond. mal. & met. except. indeb. l.* 14. *de dol.* licet obstare videatur *l.* 40. §. 1. *de cond. indeb.* de qua vid. D. Vinn. *ad h.* §. Imo qualem haberet? In rem actio convenire nequit, quia non est dominus ædificii; Nec in personam potest, quia hæc datur ex contractu vel delicto, quasi, aut vero, quorum inter ædificantem & soli dominum nihil intercedit. Cujacius auctor est condictionis incerti. Alii dant utilem negotiorum gestorum. Balduinus *in factum*. Quæ varietas & textus, quibus utun-

(f) *Pos.* 74. *& seqq.*

(11) *Malim hic dicere etiam malæ fidei possessorem servare impensas necessarias, tollere utiles & voluptuarias.* Ex l. 5. C. de R. V. l. l. 38. & 39. *de hered. petit.* & l. 37. *de R. V. Nec contrarium probant* §. 30. h. t. & l. 7. §. 12. *de A. R. D.*, *quippe cum agant de malæ fidei ædificatore qui non possidet, cui soli convenire potest ratio illic allegata, quod materia voluntate ejus intelligatur alienata.*

* Conf. de ædificio a censuario, *dem Zinsmann* fundo censitico imposito *L. R. L.* 2. *art.* 21. 33.

Digitized by Google

utuntur, satis indicant, solide nullam constare, scil. ex juris ratione; nam ex æquo & bono, ut alias fit, ubi stricta ratio deest, competere aliquod remedium, pulcre Balduinus probat. In praxi utique id locum habiturum nihil est dubitandum. De impensis in rem alienam prius existentem factis, earumque differentia in Necessarias, Utiles & Voluptuarias, *l.* 1. *de impens. in res dot.* alibi locus erit agendi *ad ff.* *

31. (g) Eadem ratione, qua solum trahit ædificium, planta quoque in alieno posita, cum radices egit, terræ domino jure accessionis addicitur. Cui & alia ex causa debetur, nempe quod arbor actis radicibus alimentum ex solo capiat ac ita paulatim nova fiat omnemque substantiam fundo, cui imposita est, acceptam ferat. §. 31. *h.* Corpora enim viventia, ut Alfenus ex philosophis in 76. *de Jud.* tradit, *ex quibus particulis minimis consistunt, hæ quotidie ex eorum corpore decedunt, aliæque extrinsecus in earum locum accedunt*, ex alimento scilicet, cum nutritio nihil sit aliud, quam instauratio partium quæ diffluxerunt. In eandem sententiam Paulus in *l.* 26. §. 2. *de A.R.D.* Si arbor, quæ coaluerat, *rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur*, inquit; *nam credibile est, alio terræ alimento aliam factam.* Idque in tantum valet, ut si arbor, cujus stirps, truncus & rami sunt in tuo fundo, radices in meam humum egerit, mea tunc arbor efficiatur; sed si ex utriusque fundo alatur, communis fiat, *d.* §. 31. & *l.* 22. *pr. Quod vi aut clam.* ubi post annum, vitis, quæ in tuo fundo coaluit, adeo tua fit, ut etiam radices, quæ in meo fundo supersunt, tibi cedant, quod de modicis tenuibusque fibris res jubet intelligendum, quomodo & Pomponius in *l.* 6. *in fin. Arbor. furt. cæs.* accipiendus. *Si radicibus vicini arbor aletur*, ait, *tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit*; sunt enim arbores, quæ originem satis remotam a vicini solo habentes, tamen extremitates quasdam usque in illud propagant. Vid. de magnitudine radicum Plin. *l.* 16. *c.* 2. & 32. Porro quia arbor, radicibus per duorum fundos sparsis, fit eorum communis, ejus causam fructus etiam sequi, non est dubium, ut ex cujus solo per plures majoresque radices plus alimenti recipit, is majorem quoque fructuum partem consequatur. Sed obscura & subterranea hæc indagandi ratio difficulter usu hominum recipitur; vulgoque in partitione fructuum magis ad ramos, quod expeditius, quam ad radices arborum attendi solet; * quin Statuto Ultraject. *Rubr.* 27. *art.* 1. cautum est, ut propendentes fructus communicentur, quod populare & nostratibus crebro in usu: Utique in locationibus prædiorum, Conductores omni die arbores a se plantatas finita locatione auferunt, etsi radices in conducto solo egerint: quia & regeri potest, pro alimentis arborum solutam esse mercedem: plane eum, qui succum terræ suæ a vicini arbore exhauriri sentit, denunciare domino posse, ut succidat radices; aliter ipsum id posse vel etiam funditus exscindere arborem, colligi ex eo potest, quod de ramis propendentibus traditur in *tit. ff. de arbor. cæd.* Qua de re, ne turbamenta litium facile inter vicinos orirentur, Solon prudenter olim Atheniensibus tulit legem, qua cavit, oportere quemque *ἐλαίαν καὶ συκῆν ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν, τὰ δ' ἄλλα δένδρα πέντε πόδας*. *Oleam aut ficum ab alieno agro ad novem pedes plantare, cæteras arbores ad pedes quinque*, quod vetustatis fragmentum Cajus exhibet in *l. ult. Fin. regund.* Semen arvo alieno bona malave fide injectum & quod nascitur inde, domino fundi cedit, salva eadem repetitione impensarum, quam supra de ædificatione exposuimus, quæ utique etiam de plantis intelligitur. §. 32. *h. l.* 25. §. 1. *de usur.* Impensæ autem in fructibus colligendis factæ æque a malæ ac bonæ fidei possessore servari possunt, quia fructus ipsos minuunt; neque hi aliter, quam deductis impensis intelliguntur. *l.* 36. §. *ult. de hered. pet.*

32. (h) Jam porro quod de scriptura atque pictura tradit Imperator in §. 33. & 34. videndum qua ratione nitatur, Si in chartis, inquit, membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris, quia charta trahit literas, quæ sine charta esse nequeant: *Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*, ait Paulus in *l.* 23. §. 3. *de R.V.* Quod licet *ibidem* Paulus etiam de pictura statuat, Justiniano tamen *videtur melius esse*, tabulam

(g) *Pos.* 77, & *seqq.*

(h) *Pos.* 79. & *seqq.*

* Jure Saxonico ædificia solo feudali imposita, ad successores feudales transeunt, citra refusionem impensarum, alias heredibus allodialibus, *v. H. F.* 21. §. *si Vasallus* faciendam. *L. R. L.* 2. *art.* 21. *P.* 3. *C.* 31.

* Idem in Saxonia attenditur, nostrum enim jus magis ad jus aeris ramorumque propendentium, quam ad jus soli & ramorum repentium respicit. *L. R. L.* 2. *art.* 52.

Digitized by Google

tabulam picturæ cedere. Etsi enim pictura sine tabula nihilo magis quam literæ sine charta esse possit & tabula sit subjectum, unde naturaliter hæc instar soli trahere picturam deberet, tamen propter enorme discrimen quod est inter tabulam, quæ paucis assibus, & picturam, quæ multis sæpe millibus æstimatur, (quales fuere, quas Attalus rex & Augustus sexagenis aureorum millibus taxarunt, *Vid. Plin. l.* 35. *c.* 10. *&* *l.* 38. *c.* 7.) placuit hic prævalentiam colligere ex pretiositate; ut is qui pinxit, Dominus tabulæ, dato alteri pretio fiat, contra communem Accessionis regulam. (12) Male igitur sine dubio Mynsingerus *hic* notat, subjecto non aliter cedere accessorium, quam si huic illud pretio quoque prævaleat. Nam & supra ostendimus accessionis causam pretii differentia minime niti, ex §. 26. *h* & repetitur idem hoc ipso §. 33. Proinde quod idem Auctor hodie chartam scripturæ cedere, veluti picturam scribit, *Propter immutatum cursum naturæ, vel consuetudinis, cum hoc tempore semper fere scriptura multi pluris æstimetur, quam charta*, id cur verum sit, parum adverto. Nam si materiam, de qua scribitur, consideremus, veterum historiæ, carmina, orationes, sine dubio præstantiores, quam hodiernæ fuerunt. Materiam, per quam literæ pinguntur, pluris hodie esse quam chartam, nemo dixerit, atramento enim quid vilius? Aureas vero literas olim perinde habuerunt ac hodie. Maxime vero id mirum, citari ex Paulo in *d. l.* 23. §. 3. hanc regulam, *rem alicujus pretiosiorem, per prævalentiam alienam rem trahere ad se, ut semper inspiciatur quod est pretiosius*, cum nihil tale, sed contrarium potius in loco extet. Habemus igitur in pictura exceptionem. Et jure tamen quæras, cur carminis, orationis, historiæ, minor habeatur ratio, in quibus & artificii plus & dignitatis est situm, quam picturæ. Quid si vir doctus meditationes suas chartæ alienæ per errorem inscripserit, cogeturne manuscripta chartæ domino tradere, aut si penes eum sint, repetere non licebit? Iniquum id absurdumque ait *hic* Hotomannus. Pene dixerim, JCtos id consideraſſe; dominium esse rerum, quæ in commercio sunt pecuniaque æstimari queunt, & causam similis habere naturæ. Jam pictura sine dubio æstimabilis atque in commercio est; carmina, orationes, historiæ, non æque, quin eruditæ meditationes nummario pretio dehonestarentur. *arg. l.* 1. §. 5. *de extraord. cognit.* Idcireo dominium proprie dictum non tribuunt. Tamen extraordinarium aliquod remedium scribenti competere, ubi momentum rei & æquitas id suadet, dubium non videtur. Actio in factum datur ei cujus pecuniarie interest habere scripturam, veluti rationes suas quæ in charta aliena sunt. *l.* 3. §. *pen. ff ad Exhib.* Inde audebimus colligere, idem statuendum in casu eruditæ scripturæ, cujus etsi diversa videatur ratio, tamen æquitas omnino postulat, ne eruditioni minus honoris & juris, quam pecuniario commodo deferatur; nec dubitandum, quin Fora hodierna tam actionem quam exceptionem in tali specie Scriptori darent. Imo plane in scriptura idem quod in pictura sequendum esse, Grotius censet, 2. *Jur. Holl c.* 8. & Mynsingero affirmanti; id in Praxi ita obtinere, credere licet, tametsi rationes, quibus utitur, parum rationis habeant.

33. (i) Tertius modus adquirendi jure Gentium Dominii, est *Specificatio*; cum quis ex aliena materia facit novam speciem, ut poculum, vel navem. Quidam Accessionem hanc artificialem vocant, sed male, (13) cum hic una tantum res sit & Accessio duas, quarum una principalis, supponat. Vetus autem disputatio est, uttum is, qui materiæ dominus est, an qui formam dedit, speciem factam adquirat. Tempore Augusti, luxuriantibus ingeniis, Juris Professores in duas abiere sectas, ducibus Atejo *Capitone* & Antistio *Labeone*, Viris amplissimæ dignitatis, quos *duo pacis Decora* nominat Tacitus *lib.* 3. *Ann. sub fin.* Capito ut erat ingenii subservientis, quod ex Tacito videmus; quæ a Præceptoribus acceperat, ea excolere satagebat. Labeo Græca eruditione & ingenii qualitate, quod liberum nec ulli obnoxium erat, ne Principi quidem, (unde Horatius Cæsaris adulator 1. *Sat.* 3. *Insanum* vocat,) plurimum innovare instituit. *l.* 2. §. 47. *de O. J.* Capito successorem in principatu scholæ, habuit Massurium Sabinum, & hic C. Cassium Longinum: unde

(i) *Pos* 81. *& seqq:*

(12) *Sed ratio quæ desumitur a pretio picturæ aut ab artis favore non valde concludit. Hæc commodior videtur, quod pictura novam quandam faciat speciem, quam ex Merillio observ.* lib. 1. cap. 28. *probat Schultingius ad Caji instit.* lib. 2. tit. 1. §. 4.

(13) *Et in specificatione Romanis visum fuit duas res considerare, eamque ad accessionem referre, quia forma nova accederet ad materiam, vel contra materia ad formam. Confer Merill. observ.* lib. 1. cap. 21. *Vide etiam Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 25. h. t.

unde *Sabiniani* & *Cassiani* hæc secta nominata. Labeoni successit Nerva; Nervæ Proculus, Proculo Pegasus, unde *Proculejani* & *Pegasiani*, *d.* §.47. Horum dissensionis multa passim vestigia in Pandectis extant, de quibus Balduinus *ad* §.25.*h.t.* Inter alias nobilis fuit de Specificatione quæstio. Sabinianis videbatur naturali & civili rationi magis convenire, ut dominus materiæ fieret dominus speciei, quod huic utique facto alieno rem suam interverti iniquum esset; & si materia ejusdem maneret, necessario forma, quæ inerat materiæ, sequi deberet. Proculejani subtilius disputabant, per formam esse rem quod esset, eum, qui speciem novam fecisset, auctorem esse rei, quæ nunquam fuisset, quam alii cedere absurdum foret. Hanc controversiam alii per distinctionem, ut fit, conciliare cœperunt, quam & Imperator *hoc* §.25. amplexus est. Si talis forma speciei inducta sit, quæ aboleri potest, ita ut res ad rudem materiam reduci queat, tunc forma velut accidens cedit materiæ ut substantiæ, dominiumque speciei censetur ejusdem, cujus materia fuit. At si forma sit immutabilis, ut ad primam rudemque materiam reduci nequeat, tum forma prævalet & materiam quasi absorbet, quæ δοκεῖ τρόπον τινὰ ἀποσβέσθαι, *quodammodo extincta videtur*, ut Theoph. in simili §. *seq.* loquitur. Ideo tunc qui fecit, est dominus speciei, salva alteri condictione ad pretium repetendum. Secundum hæc in præpositis exemplis: Si quis ex auro argentoque meo fecerit scyphum, quoniam is ad rudem auri massam contundi vel conflari potest, ego sum scyphi dominus, salvo tamen & ipsi, bonam fidem habenti, operæ pretio. Contra, qui ex alienis tabulis fecit navem, is est dominus navis, *l.* 26 *de A. R. D.* quia navis non est amplius lignum, *non manet cupressus*, ait Paulus, sed cupresseum corpus, idest navis. Graviter tamen obstat *l.* 61. *de R. V.* ad quam missis aliorum inventis, responde, *Carinam* ibi non significare materiam navis sive lignum, ut Gothofred. ibi notat, verum infimam partem & fundamentum navis, ut Festus in voce *Carinantes* exponit; nempe, sicut pars superior ædificii cedit ei, cujus est infima pars & fundamentum; sic in *l.* 61. Julianus ait, *Proprietatem totius navis, carinæ causam sequi*, id est, fundamenti navis. (14) Inter exempla, quibus species ad materiam reverti nequit recenset Imperator vinum, oleum, frumentum, quæ proinde iis, qui expressere & excussere ex alienis uvis, olivis, spicis, adquiruntur, cum ad uvas & spicas per naturam reditus non pateat. Descriptus est hic locus ex Cajo, *l.* 7. §. 7. *h. t.* sed omitti non debuit clausula Caji & animadverto de frumento, quod ideo excutientis non fiat, quia separatio a spicis non est Specificatio; quippe grana, jam cum spicis adhuc cohærerent, suam habebant perfectam speciem & erant ac dicebantur frumentum; adeo ut is, qui excussit, nullo modo speciem novam fecerit, sed eam, quæ pridem erat, detexerit. In vino & oleo est alia ratio; quia liquor oleorum & uvarum inclusus corticibus, nondum erat nec dicebatur oleum atque vinum, ut bene D. Vinn. *hic*. Plane studio brevitatis, peccato omissionis Tribonianus hoc loco aperte tenetur.

Vidimus quid requiratur, ut specificatione dominium mutetur, *primum*, ut tuo nomine facias novam speciem, quod Cajus quidem ponit *d. l.* 7. §. 7. sed non est peculiare specificationi, verum generale omnibus adquirendi modis: Tralatitium enim est, eum, qui nomine alterius utitur, non sibi, sed alteri adquirere, *l.* 27. §. 1. *de A. R. D.* ut videbimus infra ad §. 5. *I. per quas perf. cuique adquir.* adeo ut inepte Justinianus reprehendatur, quod requisitum illud hoc §.25. non expresserit. *Alterum* a multis requisitum collocatur, ut is, qui speciem facit, bonam fidem habeat alienamque esse materiam ignoret: quamvis alii non putent Justinianum in §. 25. & Cajum in *d. l.* 7. id fuisse omissuros, si necessarium credidissent; quod etiam magis mihi videtur. (15) Veteres omne rei momentum in eo ponebant, utrum materia formam, an hæc illam traheret. Qui facit speciem, is producit rem novam, quæ auctori cedit, quia nova est; Formationis & Specificationis ea vis est, quam mala fides non magis impedit, ac spreta domini prohibitio occu-

(14) *Hæc latius explicat Auctor in com. Rom. ad* l. 61. *de R. V. sed & legi merentur ea quæ de hac quæstione subtiliter disputat Bartholom. Chesius interpret.* lib. 1. cap. 31. *&* 32. *verius tamen puto admittendum esse dissensum inter Julianum in* l. 61. *de R. V. & Paulum in* l. 26. *pr. de A. R. D. Cum Julianus & Minitius ex Sabinianis fuerint, Paulus autem mediam sententiam sequeretur. Vide Lobitti usum. indic. pandect.* cap. 4. §. 13. *& præterm. ad Lobitt. Abrah. Wieling.*

(15) *Sed communis sententia, quæ bonam fidem in specificante requirit, verior mihi videtur, propter rationem qua Paulus utitur in* l. 12. §. 3. *ad exhib., quæ certe supponit dominum materiæ esse dominum speciei. Nec rationes ab Auctore adductæ contrarium probant: non enim exemplis allegatis potest convenire regula* l. 12. §. 3. *ad exhib.* quod ex re nostra fit, nostrum est.

Digitized by Google

occupationem feræ, ut *supra* vidimus. Et quis dicet, Specificationem minori efficacia tribuere dominium, quam Accessionem? De qua certum est, eum, qui mala fide purpuram alienam suo vestimento intexit, fieri dominum purpuræ. §. 26. *h. t.* Si texturæ accessoriæ ea vis sit, eritne minor texturæ principalis? Qui purpuram suæ vesti adsuit sciens alienam, fit, inquam, dominus; qui ex lana alterius sciens novum facit pannum, non fiet? Qui ex aliena materia in suo solo bona vel mala fide ædificat, fit dominus ædium, ut ad §. 29. dicetur; cur solum fortius trahit superficiem in Accessione, quam forma absorbet materiam in Specificatione? Quando per Confusionem transfertur dominium, non distinguitur utrum bona vel mala fide materiæ sint confusæ, ut mox videbimus; quid profertur, cur specificatio minus confusione valeat? Scimus, modos adquirendi habere separatam rationem a pœna delicti, quod in adquirendo committitur. Qui prohibente domino feram in ejus fundo venatur, scit rem se facere illicitam, fit tamen dominus per occupationem, sed punitur actione injuriarum. Qui purpuram furtivo animo suæ vesti intexit, tenetur ut fur, & tamen purpuræ fit dominus, uti *mox*; idem de confusione. Quid dubitamus etiam eum, qui sciens ex aliena materia facit novam speciem, teneri quidem ob malam fidem, at specificationem nihilominus procedere; formam tamen subigere materiam suoque se Autori addicere? Forma extinguit materiam, *l.9.§.3.ad Exhib.* quæ proin a domino vindicari nequit. §.26. *in fin.h.t.* Materia non est amplius. *l.26.de A.R.D.* Ergo nec in dominio est. Donellus 4.*comm.* 12. opponit §.30.*h. t.* qui nihil obstat, cum ibi domus cedat solo, seu bona seu mala fide structa. Sed gravius obstat ratio *legis* 12. §. 3. *ad Exhib.* At rationem legis ultra decisionem extendere, sæpe minus tutum est: decisio illic de actione ad Exhibendum loquitur. Quod etiam in *L.14.§.3.de Condict.furt.* furem uvarum teneri condictione musti traditur, inde jus dominii in suo rigore deduci non potest, siquidem & domino purpuræ datur ejus condictio postquam alienæ vesti intexta fuit. §.26.*h.t.* Opponitur etiam *l.29.§.1.de donat. inter vir. & ux.* sed inde magis firmatur adsertio nostra, quia tradit, uxorem, cui lana donata est, vestimenti inde facti dominam, licet nullo jure lanam possideret & haud dubie sciverit, donationem esse prohibitam, fieri.

DE COMMIXTIONE ET CONFUSIONE.

34. (k) Succedunt Commixtio & Confusio, quas inter solet hoc discrimen statui, quod Res liquidæ & humidæ confundantur, aridæ misceantur; sed JCti his terminis promiscue utuntur, *l. 3. §. ult. l. 5. in pr. de R.V. l.7.§.8. de A. R. D.* ideo cum inter liquida & arida exiguum hactenus discrimen sit, nihil opus est duas appellare distinctas adquirendi species, quas Artis Autores non distinguunt. Sit igitur Commixtio genus, quam si tu Confusionem vocare malis, non intercedam, ut nec, si quis dicat, Commixtionem esse vel talem in specie, quæ fit rerum aridarum, vel Confusionem, quæ liquidarum. In genere igitur Commixtione dominium adquiritur tum, quando res plurium dominorum aut consensu eorum sunt mixtæ, aut fortuito ita confusæ, ut secerni non possint. §.27.& 28. *h. d.l.3.§. ult.* Voluntatem dominorum habere effectum communicandi dominii hac parte, ut alias semper, non est mirum. Sed confusione casu facta, aliquod discrimen memoratur inter liquidas res & aridas; nam liquidæ communicantur, quia particulæ earum tam penitus & subtiliter coincidunt, ut eædem res videantur, nisi nova species facta sit; ut ex melle & vino mulsum, hoc enim fit facientis. *d. l. 5. §. 1. princ.* Arida non perinde communia fiunt, quorum particulæ crassiores sunt, ita ut singula corpora, veluti grana frumenti, in sua substantia durare dicantur. *d. §.26.* Utrumque limitatione non caret; nam si diversæ partes liquidæ iterum separari & in principia redigi queant, ut si plumbum cum argento mistum sit, dominia manent distincta. *d.l.5.§.1. vers. sed si.* Idem est in ære & argento. *l.12. §. 1. de A. R. D.* Sed æs & aurum separari non posse, ait Ulp. *d.l.5.§.1.* dominiumque ideo communicari. Hodie quidem aurum ab ære separant artifices, sed hoc fieri cum interitu æris ait Giph. *hic.* per exhalationem scil. adeoque idem manet juris, ac si non posset deduci; quia singulis suum redhiberi nequit. Dein, non omnia arida commode & civiliter separationem recipiunt; pecudes sane, quod exemplum est in §.28. libri quoque & similia facile atque recte; calx, arena, frumentum non æque, ut res & usus probat; ideo tunc non multo diversius habetur exitus, quam si liquida sint; etsi enim subtiliter dominii jus idem maneat, ideoque singulis in rem actio pro sua parte competere dicatur, tamen neuter potest designare

(k) *Pos.* 86. *& seqq.*

Digitized by Google

gnare sua corpora, quod alioqui in vindicatione requiritur, *l. 6. pr. d. t.* sed quantitatem duntaxat, neque singuli sua grana, sed totius massæ partem pro rata recuperant. Judex autem de bonitate cujusque partis arbitrabitur & eum, cujus frumentum deterius fuit, in pecuniam alteri condemnabit. *d. 28. in fin.* Atqui idem fieri debet vino oleoque duorum confuso, *l. 3. de R. V.* ut adeo non tam effectus, quam genus actionum discrepet; de aridis enim rei vindicatione; de liquidis communi dividundo agetur. *l. 3. §. ult. l. 5 pr. eod. tit.* Jam de nummis certum est, eos distinctis manere corporibus & durare in substantia sua magis conspicue, quam frumentum; & tamen de his scriptum est, eorum mutari dominium, si aliis ita misti sint ut discerni nequeant, in *l. 78. de solut.* (16)

SCHOLIUM.

Nummi non fiunt communes, sed dominium saltem mutatur, ita ut transeant plane ad alterum. l. 78.

RESPONSIO.

Ita quidem fert species d. l. 78. nummos alienos ad accipientem transire, si discerni non possint; nempe quando hoc agitur, ut unus omnes habeat; inde vero manifestum est, pro parte dominium transire, si hoc agatur, ut massa duorum communis fit.

N. ADDIT.

Initio notandum, vim Scholii fortiorem esse, si respiciantur verba positionum, quam verba hic posita. In positionibus dixerat Autor: Duorum farinæ commixtæ non minus fiunt communes, quam vina duorum: imo & nummi eiusdem characteris. *Hic adjeceram istud Scholium. Deinde falsum est, quod Autor dicit, in l. 78.* hoc agi, *ut unus omnes nummos habeat, quia lex loquitur de nummis invito domino solutis. Et frigidum est, quod Autor in fine addit manifestum esse exinde, pro parte dominium transire, si hoc agatur (scil. a duobus dominis) ut massa duorum communis fit, quasi de hoc casu (& non potius de communione invito domino alterutro, vel utroque) esset quæstio: Quasi de hac quæstione quisquam, nisi Domitius dubitare possit, ut opus sit eam ex d. l. 78. manifestam reddere.*

Unde consequi videtur, *in reliquis etiam quibuscumque rebus ita mixtis, ut civilem commodamque separationem non recipiant, communionem introduci*; cum quod designari nequit, vindicari quoque non possit. *d. l. 6. pr. de R. V.* Nec inter confusionem liquidorum & mixtionem aridorum, quale frumentum, quod granatim secerni nequit, discrimen solidum liquet. Utrobique enim non potest dari is exitus, ut cuique sua corpora reddantur; adeoque me partem tui & te partem mei habere oportet, quæ est vera communio. Crassius quidem frumentum est, quam particulæ vini, sed ad hanc rem sufficit illud æque ex usu hominum inseparabile esse, quam hoc; & quid si comminutum sit ad farinam? Etiam hæc arida est; ideoque mea & tua mixta casu farina non fiet communis? Cum tamen ipsa necessitas communionem ingerat. Sane etiam in vino & melle particulæ minimæ non penetrant se mutuo, sed æque distincte manent ac in farina; ut adeo nec naturale nec civile discrimen hactenus satis constet. Donellus 4. *comm.* 22. in specie *d. l. 78.* nummos vult datos ex justa causa; nec aliter Commixtionem omnino transferre dominium invicem. Sed neque ex *l. 78.* id apparet, nec justus titulus pro causa dominii in confusione habendus est, verum necessitas, quæ sublata separatione, alium quam communionis exitum non præbet.

DE FRUCTUUM PERCEPTIONE.

35. (1) Fructus esse accessiones fundorum, ex §. 32. *& alias* intellectum, rebusque eos acceptos ferri, constat ex *l. 18. §. 2. ad SC. Trebell.* Hinc eorum perceptio a plerisque inter Accessionis species recensetur. (17) Sed minus recte: nam fructus sunt accessiones fundi respectu ad dominum soli habito *l. 29. §. 1. de Usur.* At in §. 35. *h. t.* docetur, quomodo ex fundo alieno adquirantur. Si accessionis tantum vis spectaretur, fructus a bonæ fidei possessore percepti non ipsi, quod hic traditur, sed ei, cujus res principalis est, domino soli, inquam, cederent; Imp. heic expresse non per Accessionem, sed ob curam & culturam, fructus adquiri testatur. Ideoque novam hic & diversam adquisitionis causam speciemque tradi, manifesto liquet. Summa fructuum divisio est in Naturales & Civiles. Illi, qui natura proveniunt, hi, qui jure percipiuntur. *l. 62. de R. V.* Naturales iterum vel sunt tales in specie, vel industriales, qui *curantur*, ut ait *l. 7. §. 9. Sol. matri-*

(1) *Pos. 89. & seqq.*

(16) *Confer his Vinnium ad §. 28. h. t. n. 2.*

(17) *Et recte: licet enim B. F. P. rei veritate inspecta Dominus non fit, tamen, quamdiu verus dominus non adparet juris interpretatione pro domino habetur, propter bonam fidem* l. 25. §. 1. *de usur.*, l. 40. de A. R. D. l. 136. de R. J.

Digitized by Google

matrim. Utrosque Natura producit, sed priores sponte fere absque opera & impendio, ut poma, nuces, pyra, glandes, ligna, gramen &c. Hi non sine cura cultuque multo, ut vinum, oleum, frumentum aliaque sata, *l.* 45. *de usur.* item lac, pilus, lana fœtusque pecudum, ut agni, hœdi, vituli, equuli, suculi, *l.* 28. *eod.* §. 37. *h.*

SCHOLIUM.

Hos potius malo ad fructus naturales referre cum Strauchio XIII. 6. & aliis; imo & lac, lanam, pilos; contra quam Auctor hic.

RESPONSIO.

Haud ita sentient, qui præcipuam multis locis industriæ ruralis partem in re pecuaria consistere norunt. Mihi sic videtur; fructus mere naturales apud nos haberi paucissimos, ne fœnum quidem in horrea convectum.

N. ADDIT.

Ita est: Fructus mere naturales dantur paucissimi, nisi forte fructus sylvestres. Ergo dum fructus dividuntur in naturales & industriales, id non est explicandum in mere naturales & mere industriales. Nam, uti ipso Autore fatente industriales etiam producuntur a natura, ita naturales non excludunt industriam. Hinc a potiori fit denominatio, ubi impensæ in curam multæ sunt, ibi industriales vocantur, ubi paucæ, ibi dicuntur naturales.

Neque enim sine labore sumptuque magno hæ res utilitatem præstant. Civiles sunt, qui non immediate ex ipsa re, vel industria possessorum; sed instituto artificioque hominum proveniunt, ut sunt usuræ, pensiones, mercedes, vecturæ similesque reditus, *l.*27. §. 1. *l.* 29. *de hered. petit.* Præterea dividuntur fructus in exstantes & consumptos. Illi, pendentes vel percepti. Pendentes, qui adhuc hærent in solo. *l.* 27. *pr. de usufr.* Percepti, qui a solo separati sunt. *l.* 78. *de R. V.* Fiunt autem fructus bonæ fidei possessoris, *naturali ratione, pro cultura & cura*, ait Imperator *d.* §. 35.

SCHOLIUM.

Imo potius per factum perceptionis, d. §. 35.

RESPONSIO.

Justiniani verba sunt hæc; *Naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Hinc tu non falleris, si dicas, ut in positione* 89. *scriptum est, causam adquirendi fructus esse factum curæ & culturæ atque perceptionis.*

N. ADDIT.

Imo falleris. Nam illud pro cultura & cura *non denotat*, prout *coluit & curavit*, *sed* in solatium *culturæ & curæ. Ergo cultura & cura non est causa remota adquisitionis, & ne quidem titulus, sed saltem occasio.*

Alii, quos inter Bachovius & Vinnius *hic*, negant, causam eam esse præcipuam, sed ejus loco *bonam fidem* substituunt, quæ possessorem quasi dominum faciat. (18) Mihi Cæsaris ratio non tantum autoritate potior; sed & solidior in se esse videtur. Nam bona fides absolvit quidem non dominum a delicto, sed non a restitutione & causam dominii minime præstat, absurdum enim foret, opinionem alterius meum jus minuere, vel mutare; Causa fructuum adquirendorum, est *factum* aliquod possessoris, ut est in fine *l.* 45. *de usur.* Requisitum quidem bona fides est & conditio *sine qua non*, ut loquimur, *l.* 25. §. 1. *de usur.* *l.* 48. *de A. R. D.* sed causam positivam oportet aliam esse, quæ ex jure Naturæ petenda, quod pro fundamento hujus rei Imperator supponit. Hoc autem dictat, ait Grotius *l.* 2. *cap.* 10. §. 4. *Fructus rei*, id est mere naturales, *rei dominum sequi*. Verum *industriæ fructus, etiamsi sine re non procederent, rei tamen non debentur*, inquit, *sed possessori bonam fidem habenti cedunt*; de quo mox clarius. Igitur quibus neque satio, neque curatio, nec perceptio artificialis adhibetur, hos ex naturali ratione non fieri possessoris necessario sequitur; Et cum jus civile hac ratione se fundet, consentaneum est, fructus naturales non fieri B.F. possessoris: (19) quin ita diserte id scriptum est in *l.* 45. *de usur.* ubi quod de marito erat dictum, eum ex re ab uxore donata non adquirere fructus, nisi quos operis suis quæsierit, generali ratione firmatur; *sicut nec cujuslibet b. f. possessoris*. Quæ verba non particularem, sed universalem negationem inferre, ex cursu textuque orationis aperte, ni fallor, liquet. Volunt alii hoc de possessore sine titulo vel cum titulo lucrativo accipiendum; atqui prima quæstio est quidem de tali, sed ratio generalis est, alioqui principium peteret: tum quod in fine legis subjicitur, *quia non ex facto nascuntur*, omni non domino convenit, seu titulum habenti,

(18) *Rationem pro cultura & cura ab Imperatore allegatam egregie explicat V. C. Ger. Noodt Prob.* lib. 2. cap. 7. *docens Cæsaris rationem non factum significare, sed jus culturæ & curæ.*

(19) *Sed potius dicendum etiam fructus naturales fieri B. F. possessoris, uti Vinnius ad hunc locum & select. quæst.* lib. 2. cap. 25. *sentit., quem vide. Cui adde Hein. in not. ad Vinn. & Ger. Noodt probab.* lib. 2. cap. 7.

ti, five non, lucrativum aut onerosum. (20) Secundum hæc, quod habetur in *l.* 48 *pr. de A. R. D.* Emptorem b.f. *suos facere fructus non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, sed omnes*, id sic capiendum erit cum *gl. & Dd.* ut vox *omnes* respondeat particulæ *Ejus*; suos facit fructus non tantum ab ipso, sed & quolibet alio satos, ac ita *omnes*, ut docet *l.* 25. §. 1. *de usur.* Neque refellitur hoc ratione subjecta, quia b. f. possessor *quod ad fructus attinet, loco domini pene est*. Nam vox *pene* satis restringit possessorem. Imo eadem ratio, sine particula *pene* est in *d. l.* 25. §. 1. nec ibi tamen sensum priorem impedit. Cura & cultura facit, ut loco domini sit, ubi nempe *cura & cultura* intervenit; neque enim ultra terminos habiles extendi hoc argumentum debet. Hæc responsio ad *d. l.* 48. illustratur collatione §. *ultimi ejusdem legis*: ubi fœtus ovium b. f. possessori cedere dicuntur, etiamsi prægnantes venierint, & lac, etsi plenis uberibus: nam impletio uteri & uberum facta dum res adhuc erat apud alium, similis plane sementi frugum, ab aliis in agro factæ, esse videtur.

Qui dissentiunt, negant rationem Justiniani *pro cultura & cura*, oppositionem inter fructus naturales & industriales inferre, *quia vix ulla res est*, ait Vinnius, *quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat*; quod quid aliud est, quam totam negare distinctionem inter fructus, quos sola natura, & quos industria producit? Præterea ponit Vinnius, fœnum & oleam esse fructus manifeste naturales, quia Plinius *l.* 15. *c.* 1. ex Virgilio 2. *Georg.* testatur, *non desiderare oleam rastros aut falcem ullamve curam*; idemque de fœno in confesso putat: atqui oleas & fœnum b. f. possessoris fieri, probat ex *l.* 13. *quib. mod. ususfr. amit. l.* 78. *de R. V.* De fœno respondere nihil hæreo, id potius industriale videri, non multo minus quam frumentum, utpote qui fere tantundem operæ curæque, ut in hyemem duret, omni die impendi cernimus. Gramen quidem naturale merum est, sed aliter cum fœno se rem habere nemo ignorat. Similiter olea dum nascitur, exiguam postulat culturam; *Verumtamen & tondentur*, ait Plinius *d. c.* 1. *sicut & vites, atque etiam interradi gaudent.* Præterea quoniam quæstio de lucro non habet usum, nisi post consumptionem, hinc natura fructuum in hac disputatione magis ex aptitudine ad consumptionem, quam initio perceptionis spectatur. Ligna, poma, pyra, glandes, cæteraque naturalia nihil novæ curæ post perceptionem, ut consumantur, requirunt; sed oleæ non habentur, nisi ut oleum inde fiat, quod plus artis quam vinum postulare, in *loco citato* Plinius autor est. Ideoque vel tondendi radendique dum nascitur, vel hujus curæ subsequentis respectu oleum pro fructu industriali a JCtis haberi semperque cum vino ac frumento recenseri videmus. Teneamus igitur, Naturales fructus non cedere lucro possessoris, sed industriales, quibus civiles qui dicuntur, comparandi videntur, *l.* 27. §. 1. *l.* 29. *de her. pet. l.* 34. *de usur.* neque enim domini interest per se b. f. possessor, an per alium exerceat agrum, fructus colligat, an colligendos locet. Dissentiunt Bachovius & Vinnius aliique *hic.* Dissentit etiam Scholiastes noster ad *posit.* 95. sed nihil profert, quod aliis respondendi rationibus, quam heic sunt collocatæ, sit excipiendum.

N. ADDIT.

Apponamus tamen Scholium. Dixeram: *Imo & naturales (fructus adquirantur b. f. possessori) per ea, quæ habent Struv. XI.* 21. ibique in resolut. *Frantzk.* ad tit. de R.V. n. 43. 49. Conf. *Strauch.* XVIII. 7. & 10. ibique notata, p. 201. *ex quibus facile responderi potest ad ea, quæ Autor a prælectionibus dubia movet. Hoc verum est, nihil hic diserte proponi contra Autorem, quod novam ejus responsionem mereatur. Interim Autores citati multa talia proponent, qui adeo non fuere occultandi. Et cogita saltem rem ipsam ejusque naturam. B. f. possessor, ajunt dissentientes, non adquirit fructus naturales. Bene, quis ergo adquirit? Si dicas, nemo, sed esse nullius & cedere occupanti, habebunt omnes, quod rideant. Multo magis autem si dicas furem & malæ fidei possessorem. Quod si vero urgeas sententiam hanc, quod b. f. possessor non adquirat fructus naturales, respicere dominum, quod nempe huic eos restituere debeat b. f. possessor, frigida erit observatio, quia & industriales, quos tamen adquirit, restituere debet, si extent. Et ipse Autor jam fatetur, disputationem suam non habere magnum usum intuitu ipsius negotii & praxeos, sed saltem in explicatione legum. Jam vero ulterius quæro, an non illa interpretatio legum in dubio majorem plausum mereatur, quæ leges explicat secundum naturam negotii, quam quæ contra?*

At

(20) *Sed rationem illam* l. 45. *de usur.* quia non ex facto ejus is fructus nascitur *ultra decisionem ejus extendere, minime tutum est. Confer rursus Hein. in notis ad Vinn.* h. t. n. 9. *Ceteris objectionibus, quas movet Auctor, abunde a Vinnio aliisque satisfactum est.*

At vero fatendum est, quæstionis hujus usum esse majorem in explicandis legibus, quam in usu negotii; vix enim est, ut in foro illi fructus adquisitioni b. f. possessoris subducantur; ut videre licet apud Sandium 3. 15. 1. quo facit, quod supra diximus, esse perpaucos, ut apud nos est agricultura & res rustica, fructus mere naturales.

Sic igitur se habet ratio naturalis. Cura & cultura, cui bona fides adest, possessori jus in fructus naturales tribuit, operæ pretio tenus. Perceptio hoc addit, ut intuitu omnium non Dominorum pro domino habeatur, *l.* 28. *pr. de usur l.* 78 *pr. de R. V.* & §. 35. *h. t.* & verus dominus, dum latet, pro eo qui non sit, habetur: mox consumptione secuta, cum ipsa re dominium ejus plane perit, & sic b. f. possessor, cujus dominium respectu illius revocabile erat, dicitur plenissime fructus adquisivisse, atque tunc initio inspecto, cura & cultura, ut causa adquisitionis prima memoratur, *l.* 40. *in fin. de A. R. D. l.* 4. §. 2. *Fin. regund.* Quod si dominus fundi, extantibus adhuc fructibus, superveniat, evanescit dominium b. f. possessoris; & in repetitionem sumptuum ac operarum convertitur, ipsosque fructus adhuc extantes domino restituere debet, *l.* 22. *C. de R. V.* Consumptio non auget jus ejus, nec lucri causam addit: impossibile enim est, ut consumere quis possit rem alienam, ideo, quia consumit; sed an jure consumat, hoc ex causa præcedente pendet; Ideoque ratio non fert, ut consumptio novi juris sit causa, sed ut effectum duntaxat considerari potest. Tollit quidem dominium prius, sed non parit novum, quia rem facit non esse, cujus nulla affectio est. Unde ἐμφατικῶς Imp. in *d.* §. 35. de consumptis fructibus *agi non posse* affirmat; plenius hac de re disseruimus in *lib.* 4. *Digress. cap.* 23. B. F. possessor igitur extantes fructus reddit, servato quicquid sua interest, quod consumpsit, reddi nequit, nec tenetur ad pretium si id quoque sine fraude ejus perierit, quia hoc ipsius foret damnum; at quod superest pretium, de eo tenetur, retento quod sua intersit, quia si totum retineret, id domini detrimentum esset. Idque adeo tenemus, b. f. Possessorem, quatenus ex consumptis fructibus locupletior est factus, teneri ad restitutionem, quia quod ex re habet & quod beat ipsum, id extare & superesse videtur, nec aliter Grotius *lib.* 2. *c* 10. §.5. Idem Jure Romano de hereditatis petitione clare proditum est, possessorem b. f. teneri de consumptis fructibus, in quantum locupletior est, *l.* 25. §. 11. *l.* 28. *de hered. pet. l.* 1. *C. eod.* Cur in vindicatione rerum singularium aliud statuendum sit, nulla satis gravis ratio apparet, neque auctores pro negativa plures sunt, quam affirmante sententia, ut videre licet apud Sandium *lib.* 3. *tit.* 15. *def.* 1. Eandem esse rationem in hereditatis petitione & in Rei vindicatione, liquet primo ex generali ratione, quia *hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*, *l.* 14. *de cond. indeb.* quam doli speciem esse, docet *l.* 17. §. *pen. de Inst. act.* Id autem hic heret, si possessor domino, qui re sua tamdiu caruit, negaret, quod ex bonis ejus redactum superest, si quidem plus sit penes ipsum, quam alioqui consumptum fuisset. Idem probatur ex *l.* 23. *de reb. cred.* Qui locupletior est, is Re obligari videtur, unde etiam pupillus tenetur, cujus maximus alioqui favor est, ut dix. *supra de auctorit tut in princ.* adde *l.* 8. *C. de donat. int. V. & Ux.* & §. 2. *Inst. de off. jud.* ubi Imp. *& si hereditas petita sit*, ait, *eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione.* Opponuntur *l.* 40. *in f. de A. R. D. l.* 4. §. 2. *Fin. regund. l.* 22. *C. de R. V. l.* 4. §. 19. *de usucap. l.* 25. §. 11. *de hered. pet. l* 70. §. *ult. cum ll. seqq. d. Leg.* 2. juncta *l.* 6. *C. de R. V. l.* 21. *de hered. vel act. vend.* & quæ præterea habent Vinnius *hic* & D. Tim. Faber *disp.* 14. *th.* 7. quibus omnibus diluendis hæc thesis non sufficiat; videbimus *alibi*, *in lib.* 6. *Digress.* Dissentit etiam Scholiastes noster (21) ad *posit.* 97. absque rationibus propriis.

N. ADDIT.

Sufficit, quod citaverim Struvium XI. 23. & ibi resolut. *ex quo facile satis fiet Autori. Saltem potissimam ejus rationem destruimus: Scilicet, eandem esse rationem hereditatis petitionis & rei vindicationis, negamus. Cur in hereditatis petitione fructus consumpti computentur, ex quibus b. f. possessor est locupletior, (v g si vendidit) ex eo est, quod in hereditatis petitione, etiam intuitu omnium rerum hereditariarum, pecunia succedat in locum rei, quod secus est in rei vindicatione.*

Interim verum est, ejusmodi computationes, an b. f. possessor sit locupletior nec ne, reddere lites intricatas. Unde hodierna praxis haud inutiliter recepit, ut fructuum ante initium litis perceptorum restitutio non exigatur, licet

(21) *Et recte, quocum confer Vinn. hic & select. quæst. lib.* 1. *cap.* 26.

Digitized by Google

licet extent, ait D. Vinnius ad *hunc* §. *n.* 11. quanquam Sandius *lib.* 3. *tit.* 15. *defin.* 1. *sub fin.* autoresque ab eo citati, consumptorum duntaxat meminerunt, & duriusculum videatur, repetitionem extantium, qui vindicari possunt, negare Domino.

SCHOLIUM.

In foro Saxonico * *bonæ fidei possessor fructus consumptos, ex quibus locupletior est factus, restituit*. Hartm. Pistor. l. 4. qu. 25. 26. Carpz. III. 32. def. 28. 29. Philip. II. Ecl. 15.

N. ADDIT.

Ita quidem tum scripseram, secutus communem errorem, dum ea, quæ deprehenduntur in libris JCtorum Saxonicorum, putant etiam obtinere in foro Saxonico, cum tamen JCti Saxonici multa disputent theoretice, quæ nullum usum habent in praxi. Adducit quidem Carpzovius d. def. 28. *sententias Scabinorum. Sed vereor, ut ibi per vocem* erubrigte Fruchte *intelligantur fructus consumpti, in quibus quis locupletior est factus, ut quidem Carpzovius explicat. Mihi potius videntur intelligendi extantes. Nam* erubrigte Fruchte *sunt* die noch ubrig sind, *qui adhuc extant. Imo & de his vix casus est dabilis, ut in praxi magnus talium sententiarum usus sit, quia in foro Saxonico fructus tanquam res mobiles anno præscribuntur*. Vide *Hartm. Pist.* d. q. 26. in fine. *Carpz.* d. def. 29.

Id Juris communis rationi consentaneum est, b. f. possessorem ad extantes fructus, quos per triennium possedit, utpote usucaptos, restituendos non teneri, *l.* 4. §. 5. *ibique gl. de usucap.* Sed cum impensis, quas prætendit, compensari debere & hos & consumptos, dictum *supra*; probaturque a Sandio contra Ant. Fabrum & Collegas suos. *d. tit.* 15. *def.* 2. Malæ fidei possessor nullos omnino fructus lucratur; non perceptio, non consumptio eum a delicto absolvit, ideoque omnes restituere vel ipsos, vel æstimationem cogitur. *d.* §. 35. *in f. d. l.* 22. *C. de R. V.* Imo de his etiam, quos percipere honeste potuisset, sed neglexit, convenitur, *l.* 33. *de R. V. l.* 5. *C. eod.* quia non tam quid ipse perceperit, quam quid dominus fuisset percepturus, spectatur. *l.* 62. §. 1. *de R. V.* Omnes autem bonæ f. possessores incipiunt esse m. fidei, cum amittunt bonam, id est, ubi scire cœperunt rem esse alienam. *l.* 23. §. 1. *de A. R. D.* Quia autem lite mota, multo magis utrinque contestata, rei alienæ conscientia inducitur; ideo interrumpitur adquisitio fructuum post litem contestatam *l.* 22. *C. de R. V. l.* 4. §. 2. *Fin. reg.* imo post motam controversiam, *l.* 25. §. 7. *de hered. pet.* quibus contraria videtur *l.* 25. §. *ult. de usur.* ad quam alibi respondemus *ad tit. ff. de Hered. pet. Pos.* 15. *& seqq.*

36. (m) Quemadmodum b. f. possessores, ita & usufructuarii fructus adquirunt percipiendo, ** quippe cum ususfructus nihil sit aliud, quam jus percipiendi emolumentum ex re aliena, ut in loco videbimus. Non tamen ita simile jus eorum est, ut non aliquæ sint differentiæ. Nam primo b. f. possessor perceptione fructuum defungitur, cum a solo sunt separati duntaxat, ut *supra* diximus. Fructuarius perceptionem absolvisse non censetur, nisi postquam fructus plene collegerit, ut discimus ex Juliano in *l.* 25. §. 1. *de usur.* quem in eandem sententiam citat Paulus *in fine l.* 13. *ff. Quib. mod. ususfr. amit.* qui tamen ipse *initio Legis* aliter differere videtur, quod per ultima verba sine dubio corrigitur. Notandum autem in locis *citatis*, perceptionem plenam & collectionem fructuum, vocari per excellentiam, vel respectu fructuarii, *perceptionem*, ne quis putet, separationem a solo non esse pro *perceptione* in b. f. possessore habendam. §. 36. *h. t.* Alterum discrimen est, quod b. f. possessore; fructibus nondum perceptis, moriente, nihil obstet, quo minus heres in titulum ejus & jus, apprehensa possessione, succedat, fructusque a defuncto satos percipiat; sed mortuo ante perceptionem fructuario, cum jus ejus mere sit personale, nec ad heredem transeat, §. 3. *I. de usufr.* deficit causa, per quam heres fructus a defuncto satos percipere possit,

(m) *Pos.* 100.

video-

* Usu Saxon. bonæ fidei possessorem ex fructibus consumptis teneri, quatenus factus est locupletior, docent Hopp. *ad* §. 35. *I. h. Us. hod.* Carpzov. *p.* 3. *C.* 32. *d.* 18. Nec obstat, quod fructus a fundo separati tanquam res mobiles, Jure Saxon. anno, 6. septimanis & 3. diebus usucapiantur, ut recte sentit Hartm. Pistor. *l.* 4. *qu.* 26. *n.* 20. *sq.* Heig. *p.* 1. *qu.* 16. *n.* 34. *j.* Balbum *de Præscr. p.* 4. *qu.* 35. *n.* 1. licet dissent. Jacob Schultes. *qu.* 35. potest enim contingere, ut de consumptis b. f., sed nondum usucaptis fructibus, lis possessori moveatur.

** Jure vero nostro in fructibus industrialibus non tam ad perceptionem, quam ad semen, culturam & curam respicimus Hinc quando semen rastro subactum, Ususfructuarii heredibus fructus debentur, v. *L.* R. 2. *art.* 76. *P.* 3. *C.* *El.* 32. Carpzov. *def.* 3. & 5. Struv. *Jurispr. For. L.* 2. *T.* 1. §. 1. Richter. *Dec.* 56. *n.* 5. In Vineis respici solet ad diem Urbani. Carpz. *l. c. D.* 8. *j.* Coler. *p.* 1. *C.* 9. *n.* 302. *sq.* In fructibus autem mere naturalibus Jus Saxon. J. Civilis dispositionem sequitur, adeoque fructus nondum perceptos non usufructuarii heredibus, sed proprietario vindicat. *d. C.* 32. ibique Carpzov. *def.* 21. *seq.*

ideoque dominus proprietatis eos percipit & adquirit, refuso heredi operæ atque impensarum pretio, juxta ea, quæ *supra* intelleximus. Ante perceptionem igitur melior est b. f. possessoris conditio; sed ubi fructus semel percepti fuerint, adquisitio fructuarii multo, quam illius efficacior atque utilior est. Nam possessor etiam tertius naturales omnes, item industriales, si adhuc extent, domino evincenti, ut audivimus, restituere debet; Fructuarius absolute & irrevocabiliter eos adquirit, quia non per errorem & ignorationem domini, ut possessor, sed vi juris expresse in re constituti, fundum exercet omnique emolumento fruitur. *l.7. de usufr.* Atque *eadem fere de colono dicuntur*, ait Imp. *d.* §. 36. *in fin.* Nam ut fructuarius non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse, vel aliquis nomine *ipsius* eos perceperit, *hoc* §. 36. *pr. l. 13. quib. mod. usufr. amit.* ita nec Colonus. Unde si fur messem sustulerit, colonus nec vindicationem, nec conditionem furtivam, quæ datur domino, habet, sed tantum ex conducto Dominum, ut eos repetat sibique restituat, compellere potest, *l* 60. §. 5. *Locati.* plane furti actionem, quæ non jure dominii, sed ejus quod interest competit, tam fructuario quam colono dari, patet ex *l. 12. §. ult. de usufr. l. 26. §. 1. de furt.* Sed quid sibi vult particula *fere* in *f. d.* §. 36.? Illa περίλκεται, abundat, superflua est, ait Theoph. quod de modo quidem & momento adquisitionis verum, quia neuter fit dominus, nisi perceperint; sed non de omnibus, quæ traduntur in hoc §. Nam in transmissione juris percipiendi, differt a fructuario colonus, quoniam hic licet pendentibus adhuc fructibus sit mortuus, tamen suum jus ipsosque fructus ad heredem transmittit: quia locatio conductio morte non finitur, quemadmodum usufructus, §. *ult. I. de locat. cond.* Hinc, moriente usufructuario, quia dominium fundi plenum confestim pertinet ad proprietarium, fructus in eo stantes tanquam pars fundi, continuo ipsi cedunt, heres autem quia usumfructum non habet, percipiendi quoque jure statim destituitur, salva ipsi repetitione impensarum procul omni dubio. Sic etiam fundo vendito, fructus pendentes ad emptorem pertinent, qui tamen impensas simul emisse censetur. *l. 13. §. 10. de act. empt.* Quod si fructuarius fundum locaverit, an perinde heredi ejus pensiones cedent vi contractus, quam venditori ejusve heredi, *d l* 13. §. 11.? Utique pro rata temporis, quo fruitus est, *l. 9. §. 1. Locati.* sed ultra mortem fructuarii conductio vim nullam habere potest *l. 9. §. 1. loc. cond.*

Genera fructuum, de quibus agitur *in* §. 37. initio hujus disputationis satis sunt explicata. Id singulare hoc loco adspergitur; non placuisse, partum ancillæ fructuario, ut fœtus pecudum adquiri, quia absurdum videtur hominem in fructu hominis esse. Veterem eam controversiam esse, Ulpianus testatur in *l. 68. de usufr.* Marcum Brutum circa eam dissensisse a Manilio & Scævola, scribit Cicero 1. *de Fin.* Sed negantium sententia prævaluit, ob præstantiam conditionis humanæ, cum hominis gratia omnes fructus natura produxerit. Α᾽ναγκαῖον, inquit Aristot. 1. *polit.* τῶν ἀνθρώπων ἕνεκεν αὐτὰ πάντα πεποιηκέναι τὴν φύσιν. *Necessario naturam cuncta in hominum fecisse gratiam*, rationem reddit, quia natura nihil facit frustra, μηδὲν μήτε ἀτελὲς ποιεῖ μήτε μάτην. Proinde cum homine nihil sit dignius in mundo, consequens esse, omnia propter hominem creata videri. Cæterum de sententia paragraphi 38. ubi de gregis usufructu, quoniam aliena ab hac materia est, atque ut Cujacius loqui amat, fugitiva, supersedebo, donec ad titulum de usufructu sit perventum. Et de thesauri inventione ejusque adquisitione jam dictum est §. 22. Quare nunc ad §. 40. transeamus.

37. Habuimus adquisitiones, quibus dominium nobis sine facto alterius tribuitur; Sequitur nunc species, in qua duorum affectus & effectus, transferentis rem & accipientis concurrit, Traditio. Quæ postremus aut creberrimus Dominii jure Gentium adquirendi modus celebratur; per hanc *Jure Naturali res nobis adquiruntur*, ait Justinianus in §. 40. *h. t* Sed ratio, quam subjicit, *nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri ratam haberi*, (Accursius scrupulum injicit lepidum, & valde ad rem; *Imo*, inquit, *Deo servire est convenientius* (hæc, inquam, ratio parum abest sane, quin confirmet, quod Autor certissimæ philosophiæ Grotius docet *lib. 2. de J. B. & P. c. 6. pr. &* §. 1. *item cap.* 8. §. 25 *nec non Jur. Holl.* 2. *cap.* 5. naturaliter; id est, ex simplici dictamine rationis, supposita propagatione dominiorum, sufficere ad alienationem dominii, declarationem perspicuam domini de re sua in alium transferenda, sive ut Imp. *voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferri* Porro Grotius; *Ut vero Traditio etiam requiratur, ex lege est civili*, inquit, *quæ quia a multis gentibus recepta est, jus gentium improprie dicitur.* D. Wissenbachius *disp.* 1. *de mut. th* 4. notat Grotium, quod traditionem vocet *Commentum*

Juris

Digitized by Google

Juris Civilis, *l.* 2. *c.* 12. *n.* 15. & quidem *parum civiliter*; Aliaque addit, ex quibus putasse videtur, id in contemptum Juris Romani a Grotio dictum, quo nihil magis ille procul habet, imo in *objecto loco*, de traditione οὐδεὶς λόγος habetur, sed de aliis circa venditionem singularibus, nec usquam de traditione *commenti* vocabulo, quod sciam, utitur, etsi hoc positum quoque nihil gravius significaret. Quæ D. Vinnius & alii in contrarium disputant, alibi refellimus.

(n) Sed quid est Traditio? Theophilo definitur, ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, *de manu in manum translatio*; nimis tropice, cum rebus immobilibus, quarum est vera quoque traditio, proprie utique non conveniat. Hic consideratur tanquam modus adquirendi dominii, itaque potest definiri; *Translatio rei corporalis, facta* idoneo titulo, per eum, *qui jus & animum alienandi habet*. Primo enim requiritur ut res quæ traduntur sint corporales, quia traditio non fit aliter, quam applicatione corporis ad corpus; unde rerum incorporalium non nisi impropriam esse traditionem, mox videbimus. Sciendum quoque II. rem debere talem esse, quæ sit in commercio; non sacra, religiosa, publica, vel similis, *de quibus alibi*. Præterea III. tradens debet habere jus alienandi. Nam si dominus non sit, aut dominus quidem, sed administrandi expers, *qua de re suo loco*, traditio ejus dominium haudquaquam tribuit. Sic etiam si jus alienandi habeat, nisi tamen IV. animus dominii transferendi adsit, nihil hactenus agitur: nam traditiones quæ in commodato, pignore; deposito similibusque causis intercedunt, nihil ad hanc rem pertinent. Præterea V. requirit Imp. in *d.* §. 40. ut causa sive titulus ad dominium comparandum habilis præcedat, quales hic numerantur donatio, dotis datio, venditio; præter quas sunt & aliæ; ut permutatio, mutuum, stipulatio, transactio, in solutum datio, legatum &c.

SCHOLIUM.

Adderem & hoc requisitum, ut adsit accipientis voluntas & consensus, Strauch. VI. 38. *Imo & ejusdem habilitas, hoc est, ut ipse quoque rem in commercio habeat. Nam requisita, quæ Autor recenset, id efficiunt saltem, ut dominium a me abeat, non autem ut in alterum transeat.*

RESPONSIO.

Jam antea dictum est, in omni adquisitione supponi ut necessarium, Adquirentem dominium esse præditum animo & jure sibi adquirendi, ut hoc identidem in singulis adquirendi modis inculcare, visum sit supervacuum.

N. ADDIT.

Ergo pax est inter nos, si modo addas, superflua non nocere.

Post definitionem occurrit memorabilis quæstio; an & quomodo ad transferendum traditione dominium, requiratur *vacua* rei possessio. Donellus enim secutus antiquos Dd. 4. *comm.* 19. statuit, sufficere factum traditionis nudum, quando Dominus corporalem rei apprehensionem alteri, in quem jus suum transferre vult, simpliciter præstat, etsi alius animo rem absens possideat. At recentiores plerique hanc sententiam repudiant, neque aliter res traditione nostras fieri volunt, quam translatione vacuæ possessionis, hoc est, ita liberæ, ut res a tertio non possideatur. D. Vinnius *l.* 1. *partit. c.* 20. autorem suum Donellum secutus, postea recantat, & contra eum ex professo disputat in *Comm. ad hunc* §. Nobis ea, quam Doctores & Donellus tuentur, magis arridet opinio: hac imprimis ratione, quia naturaliter certum est, ad transferendum dominium sufficere declarationem Alienantis, ut modo abunde probatum. Jus Civile, an Gentium, ad majorem certitudinem, novum actum continuatæ voluntatis & executionem ejus requirit, non alio fine, quam ut perseveratio in priore consensu clarius liqueat. Jam si actus ille ad hoc significandum satis sit efficax, rationi juris positivi satisfactum est: Traditionem eam esse omnino oportet; & si talis sit ut dominus rem, quam addixerat alteri, apprehendendam ei præbeat, non potest dubitari, quin is actus satis sit perspicuus ad constantiam voluntatis ostendendam. Quod si nunc apud alium nihil sit juris, quo tradens impediatur liberum exercere dominii arbitrium, quid vetat transferre dominium? Alius absens possessionem habet? Nihil obstat, neque enim hic de possessione, quæ ad ipsum, sed de dominio agitur, cujus effectus, qui juris est, nullo modo impediri a possessione potest, quæ facti esse & cum dominio nihil commune habere dicitur *l.* 12. §. 1. *de Adquir. vel amit. poss.* Dominus tradens rem, absente possessore, nihil juri ipsius præjudicat, Interdictis experiatur. Quid causæ est, cur possessor domino plus præjudicii ferat, quo minus jus suum alienet, quam hic illi? Possunt pariter consistere possessio in eodem loco, & mutatio dominorum. Et quid?

(n) *Pos.* 101. *& seqq.*

Digitized by Google

quid? An rem a fure detentam domino vendere non licebit & tradere, si copia detur? An furis possessio domini jus implicabit? Id quidem oportebat, si absque vacua possessione dominium transire non posset: sed aliter docet *l.*10. §. 2. *de Condict. furt.* Dominus alienavit rem a fure possessam, id est, dominium transtulit, unde condictionem, quæ soli domino datur, *l.* 1. *d. t.* amisisse dicitur; & quidem *facto* suo rem alienavit, inter vivos, ut e textu liquet, quod aliter quam de traditione intelligi nequit. Alienatio enim inter vivos ex facto domini, non potest excogitari aliter, quam per *traditionem* celebrata. adde *l.*16. *de fund. dot.* Quæ ab adversa parte proferuntur, alibi refellenda. Vid. Vinn. *h.*

38. Porro quamvis Traditio jure positivo introducta & a naturali simplicitate aliena, etsi non contraria sit, tamen Jus Romanum vetus sola traditione ad Dominii propagationem minime contentum erat, sed plura desiderabat solennia. Præsertim in mancipatione atque in jure cessione, quibus modis dominium Quiritarium constituebatur, ut dict. *supr.* Sed traditione sola Bonitarium duntaxat dominium quærebatur in rebus *nec mancipi*, ut prædiis provincialibus, quæ stipendiaria & tributaria dicebantur. Nam victis bello populis, Romani dominos se ferebant prædiorum, quæ aut vendebant, aut in plebem vel milites veteranos partiebantur, aut denique reddebant deditiis, tributo sive stipendio iis imposito. Liv. *l.*3. *in fin.* Sic ut τὸ κυριώτατον, jus summum, penes Remp. Rom. tota rei utilitas & libera dispositio ipsorum esset provincialium, ἐπικαρπία καὶ πληρεστάτη κατοχὴ, *emolumentum & plenissima possessio*, interpretatur Theophilus. Et hoc jus, dominium *Bonitarium*, at summum illud civium Rom. *Quiritarium* vocabatur. (22) Longe autem diversa ratio fuit *bonitarii*, quam ejus, quod *utile* vulgo appellatur: Provinciales enim nullo non dominorum jure & effectu, tam in administrando, quam alienando gaudebant, neque cogniti erant modi, quibus bonitarium dominium, ut hodie emphyteusis, amitteretur. Traditione igitur olim non Italica, sed stipendiaria & tributaria prædia alienabantur, quomodo *quæ in provinciis sunt* vocabantur, ait Imp. Eodem modo Glossarium vetus Græcum & Theoph. stipendiaria prædia appellant, τὰ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις κτήματα, *Possessiones provinciales*. Atque ita est, quod talia non nisi in provinciis fuerint, cave interim putes, cuncta in provinciis prædia fuisse tributaria & stipendiaria; non paucæ enim per provincias civitates Jure Italico donatæ erant, quæ immunitate gaudebant, ut Hotomannus *hic* monet; ideoque Tribonianus provincialia non exposuit una voce, quod alias expeditius erat, sed ita circumlocutus est, ut significaret, esse in provinciis agros, qui onera provinciarum non ferrent. Haud perinde explicuerim, quid his verbis sibi velit Imp. *Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur.* Indicant enim, olim ea per traditionem alienari non potuisse, verum nova Justiniani constitutione in *l. un. C. de usuc. transform.* id introductum esse, quod sine dubio falsum. Traditionem esse rerum nec mancipi, docet Ulp. *tit.*19. §.7. Res mancipi non traditione, sed aliis modis alienabantur, de quibus *supr.* dix. Jam prædia Italica erant mancipi, Provincialia secus. Ergo hæc tradi potuerunt, illa non poterant olim, hodie per *d. l. un.* possunt; dicendum igitur; *ipsa Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Theophilus evitavit hoc vitium sua paraphrasi, cum οὐ διαφέρομαι δὲ ὁποῖον δήποτέ ἐστι τὸ παραδιδόμενον πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεσπότου, inquit, εἴτε ἀγρὸς Ἰταλικὸς, εἴτε στιπενδ &c. *Non distinguo, qualis sit res, quæ traditur a domino, sive ager Italicus, seu stipendiarius &c.* Denique Justiniani, inquam, tempore certum est, nihil fuisse discriminis inter adquisitionem prædiorum, quæ in Italia & quæ in provinciis erant, nedum inter tributaria & stipendiaria; sed hodie omnium dominia per Traditionem indistincte transferri, * *d.* §. 40. *& l. un. C. de usucap. transform.*

39. (o) Quoties igitur Traditio facta est ab eo, qui jus & animum alienandi habet, necesse est transire dominium. Animus autem cum titulo sive causa conjunctus esse solet, cujus discrimen a *modo* adquirendi dominii, qualis Traditio, indicavimus *supra*. In sola venditione, etiam-

(o) *Pos.* 108.

(22) *Conferendus hic omnino Pet. Burmannus de vectigalibus populi Romani. Ubi hæc omnia accurate exponit.*

* Jure Saxon. Comm. prædia tantum avita, Censitica, & Emphyteutica, judicialiter tradi debere, alias dominium a pristino possessore non transferri, a *L. R. L.* 1. *art.* 9. & 14. affirmat Franzk. *L.* 2. *Res.* 12. *n.* 8. H. Pist. *Obs.*230. *n.* 8. *seqq.* Philip. *ad Dec. El.* 62. *Obs.* 1. *n.* 1. Sed Electorali Saxon. Jure indistincte in traditione omnium rerum immobilium requiritur, ut Dominus in manus judicis suum dominium resignet, & is, qui in se dominium transferri cupit, de eo investituram a judice accipiat. *Dec. El.* 61. Berlich. *p.* 3. *d.* 334. *n.* 1. Carpzov. *Decis.* 147. nisi consuetudine aut Statuto legitime confirmato aliud fuerit introductum, *d. Dec.*

etiamsi causa præcesserit, eamque traditio secuta sit, tamen dominium non transfertur, nisi emptor venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, aut denique venditor sine solutione & satisfactione emptori fidem de pretio habuerit. §. 41. *h. l.* 19. *de contrah. empt.* Atque hoc Lege XII. Tabb. fuisse comprehensum, testatur hic Imp. παρὰ πᾶσι τοῖς ἔθνεσι πολιτεύεται, apud omnes gentes id observari, affirmat Theophilus; & recte dicitur, addit Imp. etiam jure gentium, id est jure naturali, id effici, quod dictat, non amitti dominium, priusquam dominus prior animum amittendi habuerit; sed venditor, quoniam unice pretii causa contrahit, animum dominii amittere non videtur, nisi postquam securus de eo est, quod vice rei expectat. Hinc sequitur, si fidem de pretio non habuerit, posse venditorem jure dominii rem venditam atque traditam, ubicunque sit, vindicare, de concursu aliorum creditorum nihil sollicitus, cum quibus alioqui, si fidem emptoris secutus fuerit, parem causam habebit, nisi res specialiter ei pro pretio sit obligata, *l.* 7. *C. Qui pot. in pign.* vel prætextu emptionis a fraudatore ad tradendum fidemque habendum dolose inductus sit. *arg. l.* 3. *de pign act.* Gail. 2. *observ.* 15. *n.* 6. *& seq.* Excipiuntur quoque Argentarii, quibus jus vindicandi rem venditam competit, donec τὸ τίμημα λάβωσιν, *pretium recipiant*, sine discrimine, fidem aut hypothecam habuerint, vel non. *Nov.* 136. *c.* 3. *V. si tamen.* Satisfactio, de qua modo, opponitur Solutioni, *l.* 6. *Quib. mod. pign. solv.* quid autem hic sub satisfactione contineatur, docet Imp. in *h.* §. 41. & Ulpianus in *l.* 9. §. 3. *de pign. act.* Satisfecisse Emptor dicitur, si expromissorem vel *partem pretii* dederit, vel nuda conventione, & quoties venditor contentus fuit, per *d. l.* 9. §. 3. adeo ut hac generali significatione, nunquam fides de pretio haberi possit, quin etiam *satisfactum* dici queat; verum in hoc §. 41. *& in præd. l.* 9. simplex fidei adhibitio satisfactioni diserte opponitur, quæ proinde ad cautionem realem vel personalem restringenda erit. Quod autem Schneidewinus *ad hunc* §. velut ex communi Dd. sententia monet, ex qualibet traditione in dubio præsumi fidem emptori esse habitam, non sine ratione Bachovio, Vinnio aliisque displicet, & ex vetustioribus Joh. Faber *ad h.* §. *n.* 2. contrarium suo tempore existimatum fuisse scribit. Præsumendum potius videtur, fidem non esse habitam, nisi id aliquo facti vestigio perhibetur. Rem suam nullus venditor dimittere creditur, nisi constet, eum de hoc securum esse propter quod rem alienat. Naturali Juri id convenire, affirmat Imp. proinde affectus rem retinendi, nisi de pretio satisfiat, est naturalis; vulgatumque est, quod Naturalia inesse creduntur, quamdiu contrarium aperte non liquet. Si dicas, ex sola traditione id constare, principium petes: nam hoc quæritur, an traditio ex causa venditionis dominium transferat. Negatur, nisi fides sit habita, quod inepte per traditionem ipsam probes; aliud sine dubio oportet accedat, nempe si venditor fidejussorem vel pignus acceperit: ideo enim illa fiunt, ut fides, quæ ipsi emptori non habetur, in alia re vel persona acquiescat. Est & fidei habitæ argumentum, si terminus solutioni sit appositus, *l.* 3. *C. de pact. int. empt. & vend.* aut si dixerit emptori venditor, ut fit, rem tibi nunc habeto, pretium postea dabis. Nonne etiam, si in libros rationum summam pretii retulerit, nomen factum, itumque esse in creditum dicemus? Utique, imprimis si rem non modo tradiderit, sed emptorem ea diutius sit uti passus, solutionem non urgens, dubitari vix potest, quin fidem habitam esse appareat.

40. (p) Utrum vero dominus ipse rem tradat, an alieno utatur ministerio, nihil interest, § 42. *h. l.* 9. §. 4. *de A. R. D.* ideoque si dominus speciale mandatum alienandi rem suam alteri dederit, quin is secundum voluntatem ejus dominium transferat, dubium non est. Sed an generale mandatum ad omnia bona sufficiat quæritur. Imp. ex *l.* 9. §. 4. *de A. R D.* rem ita accipientis ait fieri, si tradat is, cui libera universorum negotiorum administratio fuerit. Plerique in voce *libera* putant διαςολὴν esse, unde procuratorem generalem faciunt duplicem, vel simpliciter totorum bonorum, vel *cum libera* scil. administratione; ut ea ratione textus concilient, quorum aliis procuratori omnium bonorum tribuitur jus alienandi, ut *hoc* §. 42. *& d. l.* 9. §. 4. *l.* 58. *de Procurat.* aliis negatur, *l.* 63. *eod. l.* 16. *C. d. t.* Duareno, Donello, Bachovio, aliisque displicet hæc distinctio. Nam quid interest, ait D. Vinnius, simpliciter administratio universorum bonorum mandata sit, an adjecto verbo *libera*? Hæc quidem alterius loci quæstio fuerit; sed objectæ *Leges* 63. *D. &* 16. *C. de procurat.* ut & *lex* 60. *D. eod.* accipi forte queant de alienatione, quæ fit præter rationem administrationis contraque utilitatem domini

(p) *Pos.* 109.

Digitized by Google

domini & praesumptam ejus voluntatem *vid. l. 12. de pign. act.* Atque ita Leges, quae procuratori generali modo tribuunt, modo negant alienandi facultatem, non illa distinctione quaesita, sed hoc modo conciliandae erant, ut alienationem valere dicamus, si evidens domini utilitas eam commendet; non procedere, ubi secus comparatum est.

41. (q) Hactenus de traditione propria & usitata, quae fit possessione translata & corpore ad corpus adjuncto. Sed usus rerum hominumque species quasdam insolitas & analogicas invexit. Propter quas dicendum est, Traditionem esse propriam vel impropriam. Propria est, inquam, rei corporalis translatio naturalis, *φυσικὴ μετάθεσις*, qualem natura cujusque rei admittit; si facile moveatur, translatione de manu in manum, si difficulter, exhibitione praesenti. *l. 1. §. pen. de adquir. vel amitt. poss.* Si res immobilis sit, traditio perficitur inductione in fundum vel domum, pedibus in quamlibet ejus partem illatis. *l. 3. §. 1. de adq. vel amitt. poss.* Impropriam traditionem dicimus esse, vel incorporalium rerum, vel etiam corporalium. Incorporalium, veluti servitutum, in quibus loco traditionis ex parte accipientis est usus earum, *l. ult. de Servit.* ex parte concedentis, patientia, *l. 1. §. ult. de S. R. P.* quibus textibus collatis, dic *patientiam usus* pro traditione servitutum haberi; ita enim est in *l. 3. pr. de usufr.* dare usumfructum heres intelligitur, si legatarium *patiatur uti frui.* Impropria rerum corporalium Traditio, erit nobis ficta vel symbolica, quae distinctio, etsi vulgo non usurpata, necessaria tamen visa fuit; alioqui minuendis potius, quam terminis Artis augendis operam esse dandam intelligimus. Ficta vocatur, cum possessio pridem existens apud eum, qui faciendus est dominus, ex nova causa in ipsum translata fingitur, *ἐπειδὴ προϋπῆρχε φυσικὴ κατοχὴ*, *quia naturalis detentio praeexstitit*, habet Theoph. idque exemplis rerum commodatarum, locatarum & depositarum declaratur in §. 44. *h. t.* quae si vendantur aut dono mutuove his, qui tenent eas, dentur, dominium immediate in illos transfertur, quasi res ad priores dominos reversae ac denuo ipsis traditae essent, quae fictio, brevis manus dicitur in *l. 43. §. 1. de jur dot.* cum ordo rei gestae occultatur, ut Celsus *l. 3. §. pen. de don. int. V. & ux.* Symbolicam vocamus, cum non res ipsa traditur, sed actus aliquis repraesentans traditionem celebratur. Sic merces pro traditis habentur, quando claves horrei vel cellae in loco traduntur. *l. 1. §. pen. de adq. poss. §. 45. h. l. 74. de contrah. empt.* Trabes videri traditas ait Paulus, quas emptor signasset. *l. 14. inf. de peric. & comm. rei vend.* Eodem pertinet, quod traditione instrumentorum fundus pro tradito habeatur. *l. 1. C. de donat.* Distinguimus hanc symbolicam a traditione ficta, quoniam ubi fictio locum habet, ibi nihil est gestum, sed in illis speciebus, utique celebrati sunt aliqui, licet improprii ac symbolici actus. Nihil geri & aliquid analogum geri sane toto genere differunt. Imo videri posset, signatione trabium pene propriam absolvi Traditionem, non minus quam si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, tunc enim possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit. Sic etiam, si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem. *l. 18. §. 2. de adqu. vel amitt. poss.* Eo quadrat, quod Xenocrates apud Plutarchum *in lib. περὶ πολυπραγμοσύνης*, licet alio fine differit, *μηδὲν διαφέρει*, inquit, *ἢ τοὺς πόδας ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι. Nihil refert, utrum oculos, an pedes in alienam domum inferas.* Non est talis ficta traditio, quoniam actus vere celebratur, neque symbolica, quia nullum adhibetur signum; sed insolita, attamen vera, ut videtur. Alii hanc fictionem longae manus appellant. *Corvin. in erotem. h.*

Facilius ad Symbolicam Traditionem retulerim Scotationem & Effestucationem, quae post jus Romanum invectae sunt. De Scotatione est textus in *cap. ex literis 2. de Consuetud.* ubi Innocentius III. *Hanc*, inquit, *conferendi formam esse proponis, quod in hujusmodi donationibus modicam terrae consuevit in manus accipere, vel in extremitate pallii, quod manu Praelati Ecclesiae sustinetur aut super altare ponendum, sub testimonio videntium & audientium, sub dicta forma, quae Scotatio vulgariter appellatur.* Effestucatio, est Traditio solenniter in judicio facta; cum venditor festucam sive baculum manu tenens eumque abjiciens, cedere se possessione alteri declarat, quod Galli *verpir.* appellant, qua de re vid. Goris *advers tract. 3. part. 1. cap. 1. n. 13 & seqq.* Et his modis ipsam transferri possessionem, ut non opus sit alia apprehensione, probat Frider. Sandius *comment. de effect. cap. 2. n. 8. & seqq.* Etiam hi ritus valde similes mancipationi & in jure cessioni Romanorum videntur, nisi quod tantum in rebus immobilibus obtineant. In mobilibus nihil diversi a jure civili receptum constat.

(q) *Pos.* 110. & *seqq.*

42. (r) Traditio, ut dictum, est Translatio *possessionis.* Quid est Possessio? Græci *βασιλικῶν lib.50.tit.2.l.1.* dicunt, eam esse φυσικὴν κατοχὴν, *detentionem naturalem*. Theophilus vocem φυσικὴν explicat *pr. Inst. de interdict.* Σωματικοῦ, inquit, πράγματος κατοχὴ, *Rei corporalis detentio*. Sed bene monent interpretes, aliquid addi oportere, quo intelligatur, eum, qui rem obiter mox reddat sine titulo aut animo detinendi non possidere. Ideo plerique adjiciunt, *cum affectu sibi habendi*, etiam Grotius *lib. 2. c. 2. pr. Jurispr. Holl.* ut excludantur usufructuarii, coloni, commodatarii, precario tenentes, depositarii & similes. Non incommodam fore doctrinam eam, facile apparet, eaque lubenter uterer, sed tot expressis juris textibus, qui enumeratis istis possessionem tribuunt, quid faciendum? De usufructuariis est *l.12.pr. de adquir. poss.* De colono, commodatario, depositario textus in *l. 2. §. 1. pro herede l. 3. §. ult.* cum *l. seq. Ad exhib.* De precario *l. 4. §. 1. & ult. l. 15. §. 4. de precario*. Cum his Jura possessionem tribuant, eam mihi religio est negare, quamvis affectu rem ipsam sibi habendi careant. Atqui nec creditor, quem omnes possidere fatentur, ex *l. 13. §. 1. de publ. in rem act.* istum animum habere videtur, sed tantum custodiendi, donec pecunia solvatur. Vix est igitur, ut verba illa generali possessionis definitioni conveniant.

Bachovius ad Treutl. *disp. de adquir. poss. th. 1.* definit possessionem cum vetustis DD. *Jus rei corporali insistendi*, significantius quam Græci *detentionem* dicunt: nam factum detinendi rem nudum, per verbum *jus* satis excluditur. Sed hoc scrupuli restat, definitionem illam videri convenire & ei, cui possessio per injuriam erepta est. Nam qui de fundo vel ædibus per vim dejectus est, nonne is habet *jus rei insistendi*? Omnino, & in hunc finem, adeoque vi hujus juris, habet interdictum recuperandæ possessionis. Proinde ei, qui possessionem non habet, congruit hæc definitio, quod est emendandum. Dicamus igitur, possessionem esse *jus, quo res corporalis detinetur*, scilicet actu & in præsenti, non tamen corpore semper, sed etiam animo, uti mox. Potest etiam cum Vinnio in hoc sensu generali Possessio definiri, detentio rei corporalis cum animo sibi, aut alii, eam habendi *l. 2. Quæst. c. 36.*

SCHOLIUM.

To aut alii *non agnosco, nam depositarius v.g. & commodatarius, quamvis habeant animum hanc rem habendi deponenti & commodanti, possessores tamen non sunt, sed nudi detentores*, l. 6. Depos. *juncta* l. 39. & l. 3. §. ult. de adquir. vel amitt. poss. *Et præterea deponens per depositarium possidet: Ergo depositarius possidere non poterit, quia duo eandem rem in solidum non possunt. Confer omnino Auctorem in* Prælect. ad tit. de Interd. n. 8.

RESPONSIO.

Probatum est e textibus supra adductis, Possessionis vocabulum iis etiam, qui pro aliis habere volunt, frequenter adscribi, quorum juribus aliæ voces non conveniunt; idque fit in iis locis, ubi de possessione ex professo agitur, quod ad usum terminorum Artis inprimis pertinet. Ideoque in possessione plane se res habet, ut in adoptione, morte, ut in publicis rebus aliisque fit locis, ubi Ars ipsa voces in latam strictamque significationem distinguit. Leges adductæ a Scholiaste nihil probant, excepta l. 3. §. ult. *quæ possessionis vocem negat creditori in possessionem misso; quia Paulus ibi de possessione, per quam itur ad dominium, tractat. Ultimo argum. Respondebitur* ad d. tit. de. Interd. n. 8.

N. ADDIT.

Imo vero dum in d. l. 3. §. ult. *possessio & custodia sibi invicem opponuntur in creditore, probat etiam sententiam nostram* l. 6. depos. *quod nempe depositarius non possideat, quia videlicet res ei ibidem dicitur tradi ad custodiendum & reddendum. Denique in* alleg. tit. de interdictis n. 8. *nihil invenio quod ad responsionem contra ultimum meum argumentum trahi possit.*

43. (s) Divisio possessionis in Naturalem & Civilem, habetur in *l. 1. §. 9. de vi & de vi arm.* Naturalem intelligimus, Jus quo res corporalis sine opinione Dominii detinetur, quæ in *citatis textibus* tribuitur personis modo recensis. Hæc alias corporalis appellatur, *l. 25. §. ult. de adquir. poss.* non modo respectu commodatarii, depositarii & similium, sed etiam creditoris, in *l. 40. §. ult. de pign. act.* adeo ut si quis dicat, naturalem possessionem improprie adscribi reliquis, huic idem de creditore sit dicendum, de quo tamen possessio proprie dicta prædicatur; naturalis solet justa, vel injusta esse. *l. 2. Uti possid.* Justa est sine affectu sibi habendi ob alium finem limitatum, velut Fructuarii ob emolumentum, Commodatarii ad usum, Creditoris, Depositarii ad custodiam; etsi creditor in casum defectæ solutionis plus animi habeat. Inju-

(r) *Pos.* 114. & 115. (s) *Pos.* 116. & *seqq.*

Digitized by Google

Injusta plerumque cum affectu sibi habendi & in proprietatem redigendi conjuncta est, qualis in fure, prædone, invasore, *l.* 24. *de adquir. poss.* ubi scribit JCtus, servum non posse ignoranti Domino *corporalem sed justam* adquirere possessionem; unde Donellus 5. *comm.* 7. naturalem possessionem colligit omnem esse injustam, sed potest ita exaudiri JCtus, ut non *quamvis* corporalem, non talem, de qua ibi agit, sed justam adquirere servus dicatur.

Civilis est possessio, qua quis ita rem detinet, *ut se Dominum esse credat*, l. 13. §. 1. *de publ. in rem act. l.* 21. *C. de furt.* ubi: *bonæ fidei possessor Domini cogitatione possidet*, ψυχῇ δεσπόζοντος, ait Theoph. *ad tit. per quas pers. cuique adquir.* §. 4. (unde nota, Possessionem bonæ fidei & civilem unum esse idemque.) Ita Basilici *lib.* 50. *tit.* 2. *in fin.* Κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομὴ ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή, *Civilis possessio est detentio cum animo dominii.* Sed an hæc omnis est justa? Ita multi volunt, etiam Cl. Wissenb. 2. *ff.* 19. 3. Recte, quod ad animum & conscientiam attinet; nam omnis possessor civilis habet opinionem Dominii, quæ est bona fides. *l.* 22. §. 1. *de nox. act.* Sed non dixerim, quod idem vir summus ad *l.* 136. *de R. J. monstrosum est*, *dari bonæ fidei possessionem sine titulo*, *aut cum titulo reprobato*. Ecce, cui res ex errore falsæ causæ traditur, is est bonæ fidei & civilis possessor, ut etiam usucapiat, & tamen aperte titulo caret. *l.* 3. *pro suo.* Qui juris errore titulum esse justum putat, is titulum habet reprobatum, & tamen civilis possessor est & bonæ fidei, quoniam dolo caret. *l.* 25. §. 6. *de hered. pet. & l.* 2. *C. si quis ignor. rem. min.* Quippe ad bonam fidem negativa dominii opinio sufficit, *si quis ignoret*, *rem esse alienam*, *l.* 109. *de V. S.* Augustinus *de fide & oper. In jure*, inquit, *prædiorum tamdiu quisque bonæ fidei possessor rectissime dicitur*, *quamdiu se possidere ignorat alienum*. Hinc Canonistæ bonam fidem ajunt esse, *Illæsam rei alienæ conscientiam*, *cap. ult. X. de præscrip.* Ad usucapionem tamen verum est, juris errorem non prodesse. *l.* 31. *de usuc.* Igitur possessio civilis quoad animum possidentis semper justa, quod ad titulum potest esse injusta, sive illegitima.

Cæterum, civilis possessio species præcipua est, eximiosque in Jure effectus habet, adeo ut per excellentiam nomen generis haud raro sibi vindicet, inprimis ubi de usucapione tractatur, ut in *l.* 25. *de usucap.* quomodo accipiendum, quod Imperator in §. 4. *per quas pers.* fructuarium *possidere negat*, civiliter scil. ut Theoph. optime interpretatur ψυχῇ δεσπόζοντος, non videtur possidere quoad usucapiendum; nam de hujus jure ibi sermo est; nec alio sensu Commodatarius, Colonus cæterique, non tam possidere, quam esse in possessione & ministerium præbere dicuntur possessioni civili, cui interdicta applicantur, ut est in §. 5. *Inst. de Interdict.* Comparative igitur respectu civilis, possessio corporalis & naturalis fere non est possessio, quia plerisque juris effectibus caret, quanquam possessionis nomen absolute alias non potest ei negari. In usufructuario res clara est, quem possidere utique, constat ex *l.* 21. *pr. de adquir. poss.* etiam cum effectu interdicti, *l.* 3. §. *pen. & l.* 9. §. 1. *de vi & de vi arm.* nihilominus in *d.* §. 4. possidere negatur, quod ad usucapionem scilicet, civiliter.

Divisio autem in naturalem & civilem possessionem, eleganter exprimitur in *l.* 10. *C. de adquir. & retin. poss.* ubi; *possessionis duplicem esse rationem*, *aliam quæ jure consistit*, *aliam quæ corpore*; huic *jus* negatur, id est, præcipui juris effectus, non quod plane Jus non sit; Esse enim inde liquet, quia ne furem quidem & prædonem in possessione a tertio turbari fas est, *per l. ult. de aquir. poss.* Porro jus & corpus non significant hic specificas differentias sibi invicem oppositas, quarum una non insit alteri. Sed quæ juris est, etiam in corpore consistit; Qui civilem habet possessionem, is quoque naturalem habet. Hæc igitur inest illi: Civilis possessio est naturalis, addito affectu dominii. Nec tamen ideo rejicienda hæc divisio, ut quibusdam videtur, cum idem aliis multis eveniat. Sic Dominium modo distinximus in nudum & plenum: atqui illud huic inest. Qui habet plenum, is etiam hoc tenet, quod is, qui nudum habet. Usus & ususfructus ponuntur ut duæ species sub eodem genere, at qui usumfructum habet, idem & usum, *nam fructui usus inest*, *& fructus sine usu esse non potest. l.* 14. §. 1. *usu & habit.* Quare cum possessio naturalis & civilis utraque sit corporalis, hinc non animo solo, sed & corpore ad adquirendam eam opus est. *l.* 3. §. 1. *& l.* 8. *de adquir. poss.* Retinetur autem solo animo, *l.* 3. §. 11. perinde & amittitur, *l.* 3. §. 6. *in fin.* quæ ut concilianda sit cum *d. l.* 8. dicendum est alias.

TIT.

Digitized by Google

TIT. II.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

I. Divisio rerum in corporales & incorporales II. Quid hæ. III. Hereditas quo sensu incorporalis. IV. Corporalia exponuntur. V. De mobilium & immobilium differentia.

(a) SUperest adhuc tertia rerum divisio, quam Imperator in ultimum locum *titulo distincto* rejecit, ut transitum ad tractatum de Servitutibus haberet. Ea est, quod Res sint Corporales, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis &c. vel incorporales, quæ tangi nequeunt, *tit. I. de reb. corpor. & incorp.* Quam divisionem habent nostri a Physicis, ait Giphanius *hic.* Sed hi quidem alio sensu, quia substantias ita dividunt & per res incorporeas spiritus intelligunt, de quibus nihil JCti, ut nec Physici quicquam de rebus, quæ in jure consistunt, cujusmodi nostra incorporalia sunt.

2. (b) Incorporalia igitur omnia in jure consistunt, ut hereditas, ususfructus, Usus & Obligatio, habet textus, quorum tamen subjecta materia in corporibus consistit; pleraque enim quæ ex obligatione debentur sunt corporalia, ut & fructus in usufructu, & res hereditariæ in hereditate. Quomodo obligatio differat a rebus, quæ debentur & ususfructus ab ipsis fructibus, nemo dubitat, sed distinctio inter hereditatem & res hereditarias non est æque perspicua; ut jam a Seneca inter argutas JCtorum ineptias relata sit, *6. de benef. 5.*

3. Gajus & Julianus hereditatem definiunt, *Successionem* in universum jus quod defunctus habuit. *l. 24. de V. S. l. 62. de R. J.* Vinnius rejectis aliorum interpretationibus, Hereditatem significare ait universas res hereditarias simul sumptas; hoc sensu jus dici, & sic differre a rebus hereditariis, ut universitatem a singularibus, quo maxime facit *l. 208. de V. S.* Bene atque perspicue ita sumi hereditatem, non est quod negetur, ut cum hereditas peti, dividi, possideri dicitur; & sic ipsa quoque *Successio* accipitur in *l. 10. C. famil. ercis.* Sed Imperatorem in *hoc titulo*, & JCtos alibi, cum ex arte loquuntur, ita vocem usurpare, non putem. Cæsar hereditatem eodem modo a rebus hereditariis discernit, quo obligationem & usumfructum a rebus, quæ debentur & a fructibus. Ut sint jura circa res sive facultates, quarum vi persecutionem rerum aut iis utendi fruendique jus habeamus. Eodem modo hereditas intelligitur, Jus in rebus defuncti seu facultas, qua universæ res hereditariæ ad nos pertinent. Nihil adeo impedimento est, quo minus, ut ususfructus & obligatio sunt jura perfecte nobis adquisita, sic quoque hereditas sit Jus in universis defuncti rebus tam corporalibus, quam incorporalibus constitutum, comprehendens quidem & dominium & jus ad rem, quoad nomina, imo & jus ex re, *l. 19. de her. pet.* sed ab utroque tamen distinctum & in individua quadam universalitate consistens, eoque respectu actionem in rem, tam adversus debitores hereditarios, quam rerum possessores producens. *l. 13. §. fin. de Hered. pet.* Rationes Vinnii contrarias examinavimus in *lib. 4. Digress. c. 27.*

4. (c) Exempla corporalium rerum memorantur in *hoc tit.* ex *Cajo* in *l. 1. §. 1. de D. R.* fundus, homo, pecunia, nempe in individuo sumpta, sive in specie, (nam JCti genus & speciem vocant, quod Logici speciem & individuum, *l. 54. de V. O.*) sic pecunia, quæ in arca est, vocatur species, in *l. 30. §. 6. de Leg. 1.* Pecunia igitur sine dubio res corporalis est, ut heic traditur; aliter enim censeri nequit quod ex auro argentoque constat, ideoque etiam nummi vindicantur, *l. 14. de reb. cred.* quod non nisi corporalibus convenit, *l. 5. §. 4. & l. 6. de R. V.* Eadem ratio est in omnibus, quæ pondere, numero, mensura consistunt, ut oleum, vinum, frumentum, quas res corporalis naturæ esse, dubitari nequit. Sed consideratæ ut quantitates, opponuntur corporibus, *l. 30. pr. de leg. 1.* quia non durabilem & consistentem, sed transitivum habent usum, nec ita in commercio habentur, ut eadem substantia, sed tantundem reddatur. Habent igitur illæ res duplicem naturam, corporalem, quatenus tangi & cerni possunt certoque loco sunt circumscriptæ, *d. l. 30. §. 6.* incorporalem, prout in quantitate consistunt, *ead. l. in pr.* Hanc diversitatem in nummis exprimit *l. 94. §. 1. de sol.* ubi in communibus nummis duplex communio intelligi dicitur, una *in singulis nummis pro indiviso*, altera *si in pecunia non corpora, sed quantitatem cogites*: atque hoc posteriori sensu pecunia rebus corporalibus opponitur in *l. 46. de cond. ind.*

5. (d)

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 3.* (c) *Pos. 2. & 4.*

Digitized by Google

5. (d) Scilicet, Res corporales, quod nondum diximus, dividuntur in Mobiles & Immobiles. Sub mobilibus etiam moventes se, *αὐτοκίνητα*, ut animalia, continentur. *l. 1. de R. V.* Immobiles sunt Res soli, ut domus, fundi, & quæcunque loco moveri nequeunt, *pr. Inst. de inut. stip. l. 15. Qui satisd. cog.* Hotomannus ad *hunc tit.* & D. Voetius *comment. ad eund. h tit.* nullam usu fori, quam rerum immobilium mobiliumque differentiam reperiri affirmant. Ego vero practicos scriptores alios constanter tradere video, Jura & actiones naturam habere distinctam ab utrisque tam mobilibus, quam immobilibus, non tantum jure civili, quo res clara est, *l. 7. §. 4. de pecul. & l. 15. §. 2. de re jud.* sed usu & effectu quotidiano, ut docet Peckius *lib. 5. de testam. conjug. c. 30. n. 5.* & Pinellus *1. de bon. matern. n. 24.* qui has inde conclusiones deducit, ut *n. 25. quod in donatione, vel relicto bonorum mobilium non contineantur jura & actiones.* Item, *n. 26. quando confiscantur mobilia, non publicari jura & actiones*, nisi in casu, quo jure communi omnia bona publicari constat, *n. 28.* Ex quo confirmari potest, quod idem Pinellus *in §. 29.* disputat, in hypotheca bonorum mobilium & immobilium aliter obtinere, ut sub illa actiones quoque & jura comprehendantur; cum, quia est ex stylo Notariorum, quam mente contrahentium, qui ad omnia bona spectant, tum quia duplex cum sit hypotheca, specialis & generalis, hæc utique specialis non est, ergo generalis; at hæc jure communi de omnibus indistincte bonis intelligitur. Præterea, ne reditus quidem annui sub legato mobilium & immobilium comprehenduntur, etiamsi redimibiles, quia incorporales sunt, teste Sandio *lib. 4. tit. 4. defin. 6.* ubi proinde expresse incorporalia a mobilibus atque immobilibus distinguit, quod firmatur *1. Stat. 19. 6.* quanquam fieri potest, ut cum Statuta de mobilibus & immobilibus loquuntur, sub alterutris Jura & actiones intelligi debeant.* Ex quo tamen minime inferre debes, species illas hodie omnino confundi; longe enim aliud est, incorporalia quandoque eodem cum corporalibus jure censeri, atque non differre ab illis: nisi putes, mobilia ab immobilibus non discerni, quod aliquando eodem effectu gaudeant, ut supra in pecunia ostendimus; sic mobilia quoties ut partes immobilium considerantur, horum jus quoque sequuntur, & naves majusculæ in Hollandia, quoad nummum 40. venditionis, pro immobilibus habentur, *const. ord. Holl. Anni 1662. Mart. 10.* quod nostratibus Statutis non exprimitur, nec etiam usu servatur.

T I T. III.

De Servitutibus Prædiorum.

I. Continuatio & definitio Servitutis. II. Divisio & quæ sint prædia urbana vel rustica, propria ratione. III. Rusticæ servitutes, iter, actus, via. IV. Cæteræ servitutes rusticæ. V. Urbanæ, ubi oneris ferendi. VI. Stillicidii vel non. VII. Altius non tollendi & tollendi. VIII. Luminibus non officiendi &c. IX. Cur prædiales vocentur servitutes. X. Modi, quibus constituitur servitus.

(a) MOdos quibus dominium jure gentium adquiritur, ordine Imperatorio vidimus novissimeque discrimen rerum corporalium & incorporalium, quas inter præcipuæ servitutes feruntur. Nam ut homo natura liber constitutione Juris Gentium alteri fit obnoxius & servus, ut dictum in *loco de Jure personarum*, ita cum quisque rei suæ natura liber sit moderator ac arbiter, varie accidit, uti hæc libertas coarctetur; idque vel ita ut dominus duntaxat prohibeatur pro arbitratu suo rebus uti, quo spectat alienatio & administratio prohibita, vel ut alteri Jus in re nostra constituatur, cujus vi aliquid non facere, vel admittere cogamur; quod libere alioqui liceret, aut secus; Idque respectu domini est onus, alterius respectu, in cujus gratiam comparatum est, Jus & facultas merito vocatur. Hæc jura sive onera Rerum *Servitutes* dicuntur, quarum explicatio, quia dominio accedunt & ex jure Gentium oriuntur, hoc loco non incommode sequitur.

Sco-

(d) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1. 2.

* Ita Jure Saxon. pecunia credita Uxoris ad res mobiles refertur, sive uxore viva peti potuerit, sive non potuerit. *P. 3, C. El. 23.* Pecunia vero hereditaria & annui reditus, quorum dies viva uxore nondum venit, immobilibus accensentur, *d. p. 3. C. El. 21. & 24.* ibique Carpzov, *d. 3.* Berl. *p. 2. Concl. 21. n. 5. seq.* conf. Menck. *Disputatio de Pecunia heredit. cap. 1. th. ult. ibique citat.*

SCHOLIUM.

Dantur tamen & prædiorum jura alia, quæ non sunt servitutes. Vid. Noric. addit. ad h. t.

RESPOSIO.

Esse alia jura prædiis imposita, per quæ dominus aliquid non facere, vel pati cogatur in suo, alterius in utilitatem, expectabimus dum probetur. Alia si dentur, hinc aliena sunt & facile patior.

N. ADDIT.

In positionibus dixerat simpliciter: Jura & onera prædiorum dicuntur servitutes. *Ad ista verba addideram id Scholium, non ad verba prælectionum, ubi alius est sensus, si dicas*, Hæc *jura. Ergo dura est Autoris petitio, ut demonstrentur alia jura, per quæ Dominus aliquid pati, vel non facere teneatur, &c. cum hæc sit ipsissima servitutis definitio. Intellexi vero v. g. jura braxandi, immunitates prædiorum, quæ non nego ab hoc titulo aliena esse. Non erat tamen alienum ea annotare contra communem Dd. sententiam, qui jura prædiorum & servitutes putant esse synonyma cum Triboniano suo* in §.3. de reb. corporal. & incorpor.

Definienda videtur *Servitus*, quod sit Jus in re aliena constitutum, quo dominus in commodum alterius aliquid pati in suo, vel non facere cogitur, fere ut Donellus 9. *Comm.* 21. Servitutes Jura esse *in princ. I. de Servit.* & alibi passim legimus; *In re aliena*; neque enim fieri potest, ut res sua cuiquam serviat, *l.5. pr. Si ususfr. pet.* quippe non minus implicat rem propriam servire domino, quam ut sui quis ipse servus dicatur. Porrò & tale jus est, quod in alterius utilitatem cedat, personæ aut rei.

SCHOLIUM.

Scilicet prædii; spectat enim hæc proprietas ad servitutes prædiales.

RESPONSIO.

Imo etiam ad personales &c. nisi quod cum utilitas non nisi ad personam referri potest, malebam alterius *simpliciter ponere; non excluso sed tacite intellecto, quod Scholiastes monet, ut ex sequenti positione liquet. Hæc utilitas ejusmodi esse debet, ut non egrediatur usum personæ vel rei, cui servitus debetur, nec enim commercii causa valere servitutem, docet l.5.* de Servit. præd. Rust. in fin. *nec voluptatis, ut mox intelligimus.*

N. ADDIT.

Scilicet hoc volui: Utilitatem, quæ voluptati opponitur, pertinere saltem ad servitutes prædiales. Hinc etsi Tribonianus legem illam 8. de servit. Ut pomum decerpere liceat, item ut spatiari & cœnare in alieno possimus, servitutem imponi non posse. &c. *Collocaverit sub rubrica generali de servitutibus; id tamen eum fecisse putandum est, ex errore, cum debuisset poni inter regulas servitutum prædialium, nam voluptas non est usus rei, sed personæ. Et voluptas etiam personarum civilem æstimationem recipit, adeoque intuitu personarum utilitati non opponitur. Ut adeo non opus sit, textum exponere cum Autore & communi Interpretum schola, de otiosa voluptate, de qua quæstio foret Domitiana.*

SCHOLIUM.

Malim vocem personæ *omitti. Nam & hæc proprietas est solummodo servitutum prædialium & commercium spectat ad usum personæ.*

RESPONSIO.

Cum excludimus a servitute prædiali voluptatem & commercium usumque rei adæquatum inculcemus, personæ consideratio abesse non potest. Ne tamen cogitatione a prædiali servitute nos alienemus, adjectum est, vel rei; *particula* vel *exegetica, non alternativa.*

N. ADDIT.

Nec hic videtur Autor mentem meam satis percepisse. Regulam, quod commercii causa non possit constitui servitus, dixi non pertinere etiam ad servitutes in genere, sed ad prædiales in specie, idque eo magis patet, quia ea regula a Triboniano in d. l.5. de S.P.R. in fin. (*quam citaverat Autor in positione* 4. *ad quam illud scholium erat additum,*) *diserte sub titulis de prædialibus servitutibus agentibus erat posita.*

(b) Servire enim Latinis utilitatem præstare significat. *Neque servitus appellabitur servitus, si non servit*, ait Cicero pro Plancio, id est, ut jam dixerat, *si non utilis mihi aut rebus meis est.* Hinc otiosæ voluptatis causa, *ut pomum decerpere, spatiari & cœnare in alieno possimus*, jure servitutem imponere non licet, *l.8. pr. de Servit.* (1) Quanquam *amœnitatis ergo*, quæ civilem recipit æstimationem, aquæ ductus recte constituitur, *l.3. de aqua quot.* nisi forte ad effectum interdicti, non ad servitutis appellationem ille textus pertineat. Jam quo minus contractus, quo quis voluptuarium aliquid stipulatus est, servetur, nihil impedimento est, hactenus, ut actio personalis detur, *l.13. ff. Comm. præd.*

(b) *Pos.* 3.

(1) *Longe aliter hanc* l. 8. *de servit. explicare conatur Gerard. Noodt prob.* lib. 1. Cap. 2. & 3., *ubi & legi* 6. *de S. P. R. criticam manum admovet. Ingeniose quidem, sed minus necessarie, uti Wæchtlerus in not. ad probab. libros observavit, quem vide, cui addesis Abrah. Wieling. lect. jur. civ.* lib. 1. cap. 17. & 18.

Digitized by Google

præd. quod etiam Gl. & Bartolus in *d. l.* 8. volunt. Hugolinus, quem sequitur Sutholt. *differ.* 5. *th.* 9. servitutem volebat esse personalem, quæ producat actionem in rem. Costalius ad *d. l.* 8. personalem quoque servitutem appellat, sed abusive, quia addit, *jure personalis obligationis valebit*, *arg. d. l.* 13. fit quidem aliquando, ut Servitus prædialis certæ personæ intuitu constituatur, ac ita personalis fiat, *l.* 4. *de servitut. præd. Rust.* At illa vere & proprie servitus non fuit; nam ut jus, quod Leges negant servitutem esse, fiat servitus, citra legem expressam minime concedendum est; textus autem, qui citantur, *l.* 30. *de Usufr. l.* 1. §. 12. *& l.* 3. *pr. de Aqua quotid.* nihil ad rem pertinent, neque etiam *l.* 14. §. *ult. de Alim. vel cib. leg.* de quo mox erit dicendi locus; posse aliquem sane jus habere faciendi idem, quod hi quibus servitus data est, carere tamen servitute, probat *l.* 6. *de servit. leg. & l. pen. de S. P. R.* Responsio ad *l.* 19. *de servit.* cujus trita objectio est, bifariam concipi potest. Primo, posse fundo imponi servitutem, *etsi non sit utilis* impræsentiarum, si modo sit ejus naturæ, ut aliquando utilis esse queat. II. Valere servitutem fundo adquisitam, quæ est utilis in genere suo, quanquam illi fundo sit inutilis, ut si quis fundo suo non sitienti aquæductum adquisiverit. Lex approbat factum; nec curat, an paterfamilias bene sibi fundove suo consuluerit. Ultima definitionis verba indicant, servitutis naturam non consistere in hoc, *ut aliquid faciat quis*, *sed ut aliquid patiatur*, *aut non faciat*, *l.* 15. §. 1. *de Servitut.* velut, pati alium ire, agere per fundum nostrum, non altius tollere, non luminibus officere & similia. Si quis roget cur jura, quibus facere, commercium, Voluptas continetur, Servitutes esse nequeant, rationis loco sit, quod Labeo suggerit in *l.* 6. §. 2. *in fin. Si servit. vind.* has servitutes *non hominem debere*, *sed rem*, factum autem ab homine proficisci debet, res nihil facere potest.

SCHOLIUM.

Imo saltem primæ, scil. τῶ *facere, convenit hæc ratio. Nam ad reliquas duas non quadrat; potest enim res etiam voluptatem mihi debere & pati ut vendatur? Ergo harum ratio potius in eo consistit, quod servitutes prædiales debeantur rei, non personæ.*

RESPONSIO.

Cum audio, Servitutem non hominem debere, sed rem, intelligo, servitutes prædiales ejusmodi esse debere quæ semper æquabilem usum, non pro varietate possidentium mutabilem aut temporarium præstant. Atqui voluptas non est qualitas realis, sed a φαντασια *cujusque pendet, ut quod huic voluptas est, aliis non sit; commercii quoque ratio non convenit omnibus & præterea usum exhauriret, quatenus unum prædium commercio infinito non sufficeret. Unde liquet, tribus hisce qualitatibus prohibitis bene convenire hanc rationem*, servitutem non homo, sed res debet; *etsi non intercedo, quominus e Scholiasta addatur hæc ratio*, quod servitutes prædiales rei potius, quam personæ debeantur.

N. ADDIT.

Continuat scholium istud meditationes scholiorum præcedentium, quod scilicet servitutes prædiales non constituantur commercii aut voluptatis causa, quæ debeantur rei, i.e. prædio. Prædium autem non sentit voluptatem, nec exercet commercium. Hæc ratio cum non adsit in servitutibus personalibus, nihil obstat, quo minus hæ & voluptatis & commercii causa constitui possint, quia commercium & voluptas sunt affectiones personæ. Cum vero Autor defendat, etiam servitutes personales non posse constitui commercii & voluptatis causa, aliam rationem quæsivit ex l. 6. §. 2. si serv. vindic. *quam cum refutaverim perspicue in schollo, in responsione mutat statum controversiæ, & cum antea phrasin JCti, quod servitus non ab homine debeatur, sed a re, explicuerit de servitute non in facto consistente, jam aliam hujus phraseos expositionem tradit, ne cogatur respondere ad scholium. Quæ tamen explicatio, (quod scilicet semper æquabilis debeat esse usus servitutum,) uti a mente JCti ibi plane est aliena, ita & si extendatur ad servitutes personales, plane falsa est, quod vel exemplo ususfructus, imo & usus patet,* l. 22. §. 1. de usu & habit. *Unde cadit subsumptio ejus, quod scilicet voluptas non sit qualitas realis, sed a phantasia cujusque pendeat, ut quod huic voluptas sit, aliis non sit, quanquam adhuc plura hic possint regeri. Nam in servitute personali, quæ personæ debetur, non necessarium est ut qualitas realis sit voluptas, quia hanc servitutem res non rei, sed personæ debet. Deinde etsi voluptatem habere sit qualitas personalis, tamen voluptatem præbere est etiam qualitas realis. Porro & utilitas, quatenus voluptati opponitur, in servitutibus personalibus non est qualitas realis, sed a phantasia hominum dependet, ita ut quod huic utile sit, alteri non sit, & quod hoc tempore eidem sit utile, alio tempore utile esse cesset, & tamen propterea servitutes personales non cessent esse servitutes Denique non credendum est, quod, cum servitus voluptatis*

Digitized by Google

tis causa constituitur, hæc voluptas vagari debeat, & plane ut indeterminata concipi, quod repugnaret illi æquabili usui, nec facile & pro lubitu mutabili, quem Autor urget. Inde in lege non de eo casu agitur, ut voluptatem percipere liceat, *sed ut* pomum decerpere, *ut* cœnare, *ut* spatiari *in tuo libeat, etsi voluptatis causa, qui satis determinati sunt & æquabiles usus. Eadem ergo est responsio ad id, cum Autor urget: commercii quoque rationem non convenire omnibus. Quod vero addit, commercium præterea usum exhaurire, quatenus unum prædium commercio infinito non sufficeret, id iterum mutat statum controversiæ. Nemo enim unquam dixit, commercii* infiniti *causa servitutem constitui posse. Ut enim omnis usus rerum alienarum possunt exerceri salva rerum substantia & uti bonus paterfamilias solet uti, ita & res intelligenda est de servitute commercii causa constituta. Et quæso quid aliud est usufructus sylvæ, lapidicinæ, &c. quam servitus commercii causa constituta?* l. 9. §. 2. & ult. de usufructu.

Sola excipitur in *d. l. 6.* §. 2. servitus oneris ferendi, quam qui debet, is quoque parietem, quo vicini ædificium nititur, reficere debet, cujus ratio exceptionis est in *l.* 33. *de S. P. U.* petita a formula, secundum quam ea servitus constituitur. (2) Estne etiam exceptio in *l.* 2. §. 7. *de aqua & aquæ pluv. arc.* si fossa in agro tuo, per quam aqua e meo fundo labitur, obstructa sit, *agi tecum posse, ut reficias*; sed dicendum, vel cum Accursio, accipiendum id alternative, quemadmodum in §. 1. *d. l.* 2. *ut aut ipse purgaret, aut actorem pateretur in pristinum statum eam redigere*; vel pro *reficias* legendum *reficiatur*, ut vult Connanus *d. c. 7. n. 2. in fin.* 2.

2. (c) Transeamus ad divisionem. Agi hic de servitutibus rerum, jam intellectum est, scilicet, quæ rebus, non personis sunt impositæ. Sed respectu ejus cui debetur, Servitus dicitur esse vel personalis vel realis. Personalis, quam res debet personæ, ut usus & ususfructus, realis, quam prædium debet prædio. Prædia autem cum sint rustica vel urbana, hinc servitus prædialis perinde Rustica vel Urbana dicitur; illa rustico, hæc urbano prædio debetur. *l.* 1. *de servit.* (3) Quæ sint prædia urbana, quæ rustica, minus liquet, quam quæ servitutes rusticæ, vel urbanæ sint. Nam hæ liquide enumerantur, de illis disputant Interpretes. Id constat, discrimen illud prædiorum non peti a situ vel loco, utrum ruri, vel in urbe habeantur, quod populariter fit, sed a *materia*, teste Ulpiano in *l.* 198. *de V. S.* id est, usu & fine, ut Gœddæus monet *in comm.* ideoque urbana prædia esse docent, quæ ad habitationem; rustica, quæ fructuum causa comparata sunt, quod non sine ratione Bachovius & Vinnius improbant, quos videre licet. Dixi, certius constare, quæ servitutes rusticæ vel urbanæ sint; nec proinde erraturum puto, si quis dicere malit, prædia urbana esse, quibus conveniunt urbanæ servitutes, Rustica consequenter. Nam certum est, naturalem rustici & urbani prædii significationem mutari hic ob servitutes, quæ usu potius, quam loco differunt, ideoque prædiorum differentia e servitutibus, non servitutum e prædiis explicari debet. Atqui urbanæ servitutes sunt, oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, altius non tollendi, luminum, prospectus, projiciendi, protegendique & similes. §. 1. *h. l.* 2. & *l.* 15. *de S. P. U.* Rusticæ; Iter, Actus, Via, Aquæ-ductus, Aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ &c. *pr.* & §. 2. *h. t.* Dicendum igitur, quibus prædiis hæ servitutes conveniunt, Rustica; quibus illæ, Urbana prædia esse oportere. Jam res loquitur, priores illas omnibus ædificiis habentibus alias ædes vicinas, competere, non tantum quæ habitantur, sed horreis quoque & stabulis. *l.* 198. *de V. S.* Ideoque hæc prædia urbana sunt etiam ruri, non simpliciter, sed cum juris effectu. *l. 4. §. 1. In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah.* Loca plana, ut agri, horti & ædificia sparsa per agros, sunt Rustica, quia servitutes urbanæ illis nullo modo congruunt, etiamsi alioquin horti modici cohærentes domibus urbana dicantur. *d. l.* 198. Servitutes Rusticæ in solo fere consistunt; Urbanæ in superficie, id est, eo quod solo imponitur. *l.* 2. *de Superfic.* Quare ubi nil nisi solum est, ibi rusticum prædium, ubi superficies sive structura positis terminis habilibus, ibi urbanum esse videtur. Quin omnia ædificia esse prædia urbana, diserte traditur, non addito, habitandi ergo. *d. §. 1. h. t. d. l.* 198. Atqui ædificia sunt etiam, quæ ad fructus percipiendos comparata sunt. *l.* 13. §. 6. *in fin. de usufr.* Proinde cum horreo & stabulo deberi possit servitus altius non tollendi, tigni immittendi, oneris ferendi, similesque urbanæ, sequitur, nec prædia esse diversi generis. Quod si

(c) *Pos.* 4. 5.

(2) *Adde his Hein. in not. ad Vinn. §. 2. h. t. n. 3 & in Elem. iur. ad h. t. §.* CCCCI.

(3) *Sed malim dicere*: illa a rustico, hæc ab urbano prædio debetur.

Digitized by Google

si habitandi finis speciem variet, sequetur, si dominus horreum stabulumve habitando aptaverit, ex rustico prædium fieri urbanum, cum in servitutibus nihil mutari tunc possit. Imo si servitutes eædem maneant, verum est, prædia quoque ejusdem esse naturæ, cujus dudum fuerint, urbana videlicet, quemadmodum servitutes. Quod autem Neratius in *l.2.de servit.præd. rust.* eas servitutum species, quas modo urbanas diximus, rusticorum ait esse prædiorum, speciale & abusivum est, dum quæ ruri sunt, ea rustica prædia appellare videtur, popularem potius, quam Artis usum hoc loco secutus. Teneamus igitur, prædia urbana in hac materia esse ædificia quævis contigua, Rustica præcipue agros & hortos, etiam vero domos mediis in agris seorsim sitas, etsi verum sit, posse aliquando Rusticas servitutes horreis, stabulis domibusque habitatis deberi,(4) imo etiam personis, ut dictum & adhuc dicetur. Sed ædificia per agros sparsa, prædiis rusticis non urbanis accenseri, docet Neratius in *l.4. §.1. In quib. caus. pign. vel hyp. tac.* cujus rei non potest alia ratio esse, quam quod usus urbanarum Servitutum, quæ viciniam requirunt, in illis non potest habere locum. Sed & idem Neratius, hoc in materia servitutum potissimum, non æque in aliis habere locum, *ibidem* docet; ac ita præit exemplo, prædiorum urbanorum & rusticorum distinctionem ab usu servitutum explicare.

S C H O L I U M.

Hæc descriptio prædii urbani & rustici inde profluit, quod Auctor putat, prædia esse urbana, quibus conveniunt servitutes urbanæ; illa rustica, quibus rusticæ. Nos vero communem opinionem sequentes, e converso illas servitutes urbanas dicimus, quæ debentur prædiis urbanis & contra rusticas, quæ rusticis, adserimus. Vid. Strauch. VII. 6. & Struv. Exerc. 13. th. 16.

R E S P O N S I O.

Mea sic ratio est, quod clarius & certius est, inde petendam explicationem rerum obscuriorum & incertarum. Atqui urbana & rustica prædia quæ sint incertum est, textibus & Interpretum expositionibus. Servitutes facilius discernuntur, ideoque ab his illa putamus explicari simpliciter & clare. Quanquam in definiendo nihil refugimus dicere, Servitutes urbanas esse, quæ debentur urbano prædio & sic porro.

N. A D D I T.

Et mea hic ratio est, obscuras res explicare ex clarioribus & certioribus. Fateor etiam, satis dubium & incertum esse, quid interpretes per rustica & urbana prædia voluerunt intelligere. At vero nego, servitutes facilius discerni, adeoque a servitutibus prædia clare explicari. Contrarium enim ostendit Scholium paulo post adjectum ad §.6. Ex quo patet, Autorem, dum prædia ex servitutibus voluit explicare, explicasse rem obscuram ex æque aut magis obscura. Plura adversus hanc responsionem excepi in dissertatione de servitute stillicidii, jam Lipsiæ anno 1689. habita, quæ est 15. in dissertat. Lips. §.9. seq.

3. (d) Jam rusticas servitutes primo loco recenset Imp. quarum prima est, Iter,* quod definit, *Jus eundi & ambulandi hominis. pr.h.t.* Aliud est, ait Brissonius *lib.1.de V.S. ambulare, quam ire, nam qui spatia facit & in sua vestigia reflectit, ambulare dicitur. It vero, qui porro & ulterius pergit.* Sed non esse id perpetuum, vel Flori ad Hadrianum versiculus iste probaverit: *Ego nolo Cæsar esse, Ambulare per Britannos, Scythicas pati pruinas.* Item cum telo ambulare, id est, cum ferro incedere. *l. 1. pr. ad L. Corn. de Sicar.* Cicero pro Quintio; *Neminem esse, qui possit biduo, ad summum triduo, centum millia passuum ambulare.* Non est igitur necesse, ut ambulare significet animi gratia spatiari, quod servituti repugnat; *l.8.h.t.* sed ultro citroque commeare ad usus prædio necessarios. Theophilus inter *ire* & *ambulare* parum aut nihil quoque discriminis agnoscit, uno verbo βαδίζειν utrumque complexus. Credo tamen eum, qui iter habet posse etiam spatiari per consequens, sed si definitionem τὸ spatiari ingreditur, dicendum fuerit, etiam principaliter id inesse itineri, quod verum non est. (5) Ire etiam

(d) *Pos.* 6. & 7.

(4) *Sed licet rusticæ servitutes ædificiis, (quæ omnia cum Vinnio in hac de servitutibus materia puto esse prædia urbana) deberi possint, nihilominus erunt servitutes prædiorum rusticorum: non enim vocantur Urbanæ vel Rusticæ a prædio dominante, uti Author supponit, sed a prædio serviente: nec confundendæ sunt servitutes cum Juribus prædiorum: servitus scilicet tantum respectu prædii servientis servitus dicitur, respectu prædii dominantis jus. Sic v.g. si habeam jus eundi per fundum tuum ad domum meam, erit servitus rustici & jus urbani prædii.*

(5) *Vide Hein. in not. ad Vinn. ad* pr. h. t. n. 2.

* Ejus latitudo Jure Civili determinata non est, licet Dd. duos pedes tribuant. vid. Wesenb. *ad ff. tit. de servit. præd. rustic. n. 1.* conf. Autor. *Digr. l. 2. p. 2. c. 11.* & Menag. *Amœn. Jur. c. 36.* Jure Saxon. latitudo hujus servitutis 3. pedes continet, *W. B.* art. 129. Schultz. *Syn. Inst. h. tit. lit. A.*

Digitized by Google

etiam homo dicitur, qui sella aut lectica, vel equo vehitur, *l.7.* & *l.12. de serv. præd. rust* ubi Modestinus; iter esse ait, *qua quis pedes vel eques commeare potest.* Imo pedibus iter facere dicitur qui lectica vel equo vehitur; Pedestre enim iter navali opponitur, Cicero 5. *ad Att* 9. & 10 *ad Att*.4. *Me tamen*, inquit, *consilio juva, pedibusne Regium, an hinc statim in navim*; nisi quis putet, Proconsulem Romanum cursitasse ut pedissequum, aut etiam Augustum; de quo Suetonius *cap. 16.* cum *præter Locros pedibus iret*; paulo ante de maritimo Cæsaris itinere locutus. Sic & *pedestre* iter pro terrestri Ulpianus *l.1. §.14. in fin. de flumin.* (6).

(e) Secunda rusticarum servitutum est Actus, quem finit Cæsar, *Jus agendi Jumentum vel vehiculum.* * *pr. h t.* Quod de jumento, id de omni pecore, etsi vocum proprietas repugnet, intelligendum, ratio dictat & argum. *l. 38. §. 4. & 5. de Ædil. Ed.* Quod si tam angustus sit locus, ut jumentum eo deduci possit, non vehiculum, adhuc tamen Actus habetur, *l. 13. de Servit.* quia quod plus quam iter est, id actum necessario esse oportet. Similiter quod plus est minori inesse nequit; minus majori inest; saltem consequenter. *l.21. de R.J.* Hinc qui iter habet, Actum non habet. Qui Actum, is etiam iter, & ire potest non modo cum, sed & sine jumento, *pr. h. l.1. de S. P. R.* adeo ut is qui primo actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agat, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit. *l. 58. d. V. O.* Idque ita, si actus simpliciter constitutus sit, nam ut iter & actus sunt distinctæ servitutes, ita separatim quoque haberi possunt, ut ne iter quidem per consequentiam insit actui, quod fit, si pacto vel testamento ita concedatur Actus, ut sine jumento ire non liceat, *l.4. §.1. Si servit. vind.* e quo principio interpretanda *lex 1. de adim. leg.*

(f) Tertia est Via, quæ finitur Jus eundi & agendi & ambulandi hominis. *l.1. pr. de S.P.R.* Pro eundi legere admodum vellem *vehundi*, ut se vidisse in vetere MS. obscure tamen, testatur Connanus 4. *Comm. c. XI. a pr.* Adde quod Varro *lib. 4. de L.L. Qua agebant, actus. qua vehebant, viæ dictæ*, inquit, & probabile est aliquid novi viæ definitioni insertum, cum *eundi* si legas, nihil viæ tribuatur, quam quod itineri & actui inest; dein quæ tautologia & quæ divulsio *eundi* & *ambulandi*, interjecta voce *agendi*? Quod si *vehundi* legas, ordine trium notæ servitutum exprimuntur. Nam & iter & actum via in se continet, *d. pr.* expresse, quia definitionem ingrediuntur, cum actus iter non nisi consequenter trahat. In hoc primum via & actus differunt. Præterea actus nulla est certa latitudo, *l. 13. §. 2. de S.P R.* viæ latitudo ex lege XII. Tab. in porrectum octo pedes habet, in anfractum, ubi flectitur, sedecim, *l. 8. eod.* ut plurimum ita, ** nam pacto mutari potest. *d. l. 13. §. 2. l. 23 pr. eod.* Varro etiam *d. l. 4.* actum patere in latitudinem quatuor pedes solere tradit, *fortasse ab eo, quod & quadrupes agitur*, ait Hotomannus *hic*, quasi pecus transversum agi soleat: potius quia actus est dimidium viæ, iter dimidium actus, ut Balduinus. Hinc plus juris habet via, quam actus. Nam per hanc trahere lapides & tigna hastasque rectas ferre non licet, quia ob angustiam arbores læderentur, quod in via secus est. *l. 7. eod.* Etiam hoc interesse videtur: Via non est nisi qua & jumentum & vehiculum agi potest *d. l.23. pr.* Actus etiam est ubi duntaxat jumentum. *l.13. de servit. in fine.* (7) Hæ differentiæ actus & viæ, legum intelligendarum causa necessariæ sunt: hodie vix usurpantur, sed ut fere conjunctim habentur, ita quoque appellantur *reed en drift.* Potest tamen fieri, ut alicubi differant etiamnum.

SCHOLIUM.

Jure Saxonico adhuc est differentia, per ea, quæ habet Schult. in syn. h. t. lit. b. c. ubi lit. a. *de itineris usu confer* Noric. addit. ad pr. h. t. & Philip. l. 2. Ecl. 22.

4. (g) Sunt præterea Servitutes Rusticæ, Aquæ ductus, Aquæ haustus, Pecoris ad aquam appulsus, & Jus navigandi. Aquæ ductus est Jus aquæ ducendæ per fundum alienum. *in fin. princ.* h. t. Aquæ haustus est jus hauriendi ex aqua aliena; nam ex aqua publica cuivis haurire licet *l.3. §. ult. de S.P.R.* Sed tunc aditus ad hauriendum per fundum alienum est servitus, qui alias servituti aquæ haustus inest. *d. §. ult.* Sunt autem prædiales illæ servitutes, ut & pascendi, calcis coquendæ, cretæ are-

(e) *Pos.* 8. (f) *Pos.* 9. 10. (g) *Pos.* 11. 12.

(6) *Confer de sellis & lecticis veterum elegantes meditationes Josephi Averanii interpret.* lib. 1. Cap. 30.

(7) *Vide hic omnino Corn. van Bynkershoek observ.* lib. 4. cap 7. *adde Auct. parte 2. Digress.* lib. 2 cap. 12., 13 & 14.

* Per agrum incultum vehiculum ducere non permittit Jus Civile, *l. 11. C. de servit.* Saxonicum tamen, *L. R. L.* 2. a. 47. quod in praxi limitatum, dummodo ager inde nihil percipiat detrimenti. Conf. Schulz. *Syn. Instit. h. t. lit. h.*

** *Weichb* a. 129.

arenæque fodiendæ, lapidis eximendi, ligni ex silva cædendi, fructus cogendi coactosque habendi, *l.3. & l.6. de S.P.R.* quanquam si persona demonstretur, etiam personales fieri possunt, *l. 4. eod.* quomodo accipienda forte *l. 14. §.ult. de Alim.vel cib.leg.* nisi textum emendare velis ut vitiosum, quod hoc loco Vinnius aliique notant, ut hoc modo legatur: *Nam & haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus; personæ tamen ejus, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Cui religio est emendare, quod consistere potest, utatur priore intellectu. (8) Rustica servitus potest etiam urbana fieri, si v.c. iter vel aquæ ductus urbano prædio debeatur, quin etiam per domum potest iter constitui, *l.7.§.1.& l. 14. Comm. præd.* qua de re ad ff. latius. (9)

5. (h) Pergamus ad servitutes Urbanas, quarum præcipuæ sunt in §. 1. h.

S C H O L I U M.

Attamen, quæ hic memorantur urbanæ servitutes, alio loco inter Rusticas referuntur, vid. l. 2. in pr. de S.P.R. *& quæ hic inter Rusticas numerantur, alibi accensentur urbanis*, vid. l. 20. §. 6. de S.P.U. *ad quos textus non facile secundum Auctoris hypothesin respondeti potest, poterit tamen secundum hypothesin nostram*, vid. Strauch. VII. 6. add. Struv. 13.7. *Quanquam ut ingenue fateamur quod res est, exiguus videtur esse usus distinctionis in servitutes urbanas & rusticas*, arg. tot. tit. Comm. Præd. tam. urb. quam Rust.

R E S P O N S I O.

Accidit huic divisioni, quod aliis in Jure definitionibus & partitionibus crebro evenit; ut veræ sint ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut plurimum, *nec Juris autores se restringi patiuntur, quo minus vocum terminis suo arbitratu varieque utantur. Ita nos ad memoratas difficultates respondemus, ut jam dictum est, ampliusque dicetur ad Pandectas. Nec aliis respondendi mediis Scholiastes, & quos sequitur, sano sensu possunt uti.*

N. A D D I T.

Scripsimus istud Scholium potissimum eum in finem, ut ostenderemus certitudinem illam Servitutum urbanarum & rusticarum, tantam non esse, quantam Autor in præcedentibus eam judicavit. Adeoque hæc oppositio nostra per responsionem hic positam non tollitur. Neque enim unquam dubitavimus, an respondere possit Autor, sed an respondere possit salva sua hypothesi de certitudine servitutum urbanarum & rusticarum. Atqui tantum abest, ut hoc dubium per hanc responsionem tollatur, ut potius eadem illud augeat. Si enim veræ sint istæ denominationes servitutum, saltem ut plurimum, nec Juris autores se restringi patiuntur, quo minus vocum terminis suo arbitratu varieque utantur, sane servitutes urbanæ istæ & rusticæ non sunt evidentiores prædiis urbanis & rusticis; ut illæ ex his definiri possint. Porro, etsi ego eadem responsione de denominatione servitutum ab eo, quod fit ut plurimum, sim usurus, sufficit tamen, quod ea responsio meam hypothesin præcedentem potius stabilit, qua sustinui, servitutes potius a prædiis, quam prædia a servitutibus dici urbana vel rustica. Jam subsumo: Ideo servitutes quædam dicuntur urbanæ vel rusticæ, quia nempe regulariter & ut plurimum, debentur prædiis urbanis vel rusticis. Quod si vero aliquando contingat, ut v. gr. aquæductus debeatur prædio urbano, tum etiam erit & dicetur Servitus urbana, & ita de cæteris similibus. Sed satis quidem disputatum est de re exigui usus & momenti, ut innuimus in Scholio, & Autor tacendo approbat. Non ita vero approbant assertum DD. alii, qui in praxi solent esse magnæ autoritatis, tres potissimum recensentes differentias inter servitutes urbanas & rusticas. (1.) *Servitutes rusticas solo non usu perire, non ita urbanas* (2.) *Rusticas solum pignori dari posse, non urbanas.* (3.) *Opus novum nunciari posse urbanarum servitutum nomine, non rusticarum. Sed hanc doctrinam latius refutavi, & textus eo pertinentes simul perspicue exposui*, in dict. dissert. de Servit. illic. §. 16. ad §. 25.

Primo recensetur servitus Oneris ferendi, quæ est *Jus, quo quis præstare cogitur, ut vicini ædificium suo pariete vel columna niti possit*, *l.33.de S.P.U.* Quia autem servitutes sunt perpetuæ, & parietes vel columnæ sine refectione brevi intereunt, ideoque qui debet hanc servitutem, ad reficiendum quoque tenetur: formula enim servitutis hujus, quæ traditur in *d. l.33.* est hæc: *Paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit*; quibus verbis qui hoc promittit, refectioni se adstringere censetur: Et hæc est unica illa exceptio, de qua dixi *supr. n. 1. h.* cum cæteroqui nemo serviens ad reficiendum teneatur. *l.6.§.2. si serv. vind. & l.15. §. 1. de servit.* (10)

(h) *Pos.* 13. 14. 15.

(8) *Adde his Wesling. lection. jur.* lib. 1. cap. 13. *& Auct. ab. eo citatos.*
(9) *Tunc non de rustica fieri urbanam, sed servitutem rusticam manere, jam observatum est ad* n. 2. h.t.

Digitized by Google

(10) Affinis ei est servitus *tigni immittendi*, qua quis pati cogitur ut vicini tignum suo parieti immissum in eo requiescat. *l.* 242. §. 1. *de V. S.* Tignum generaliter omnem materiam ædificii significat, hic non nisi trabes, ait Mynsingerus; imo quidquid in parietes immitti potest, seu lignum, sive etiam ferrum aut lapides oblongi. Putrescente fractove tigno, aliud sumptu dominantis, & prorsus simile reponere licet, per *l.* 20. *de S. P. U.* quod aliter est, si precario tignum te immittere passus sim. *l.* 14. *pr. si servit. vind.* In communi pariete non opus est servitute, verum suo jure singuli tignum immittendi jus habent, per *l.* 12. *Comm. div.*

6. (i) Sequuntur duæ servitutes in textu; *ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat.* Stillicidium est quasi stillæ cadium; stilla contracte a stiriola, quod est diminutivum a stiria, quæ guttam significat concretam aut pendentem, *Turpis ab inviso pendebat stiria naso*, habet Martialis. *l.* 7. *epigr. ad Castricum.* Hic stillicidium est aqua guttatim de tegulis cadens. Flumen, quod continuo fluxu aquam mittit per tubulum vel canalem, ut fit. Varro *l.* 4. *de L. L. Fluvius quod fluit, item flumen, a quo lege prædiorum urbanorum scribitur, Stillicidia fluminaque, ut ita fluant cadantque.*

Flumen fluere, stillicidium casitare, quod est frequentativum a cadere, dicitur. Hinc qui stillicidii jus habet, inferius demittere tegulas unde casitat, non potest, attollere potest; nam ex alto lenius cadit & sæpe direpta spargitur aqua: deprimendo tectum, gravior fit servitus, *& pro stillicidio flumen*, ait *l.* 20. §. 5. *de S. P. U.*

(k) Sed verba textus modo relata geminam servitutem inculcant, *Recipiendi* still. vel flum. & *non recipiendi*. Hujus rei duplex interpretatio est, una talis; Servitutem recipiendi esse, cum quis pati cogitur, ut vicini aqua stillet aut fluat in suas ædes, aream, aut cloacam; quod alias pati nemo cogitur, *l. ult.* §. *pen. Quod vi aut clam.* neque de hoc articulo dubitatur. Non recipiendi servitutem plerique volunt eum habere, qui potest cogere vicinum, ne is aquam de suo tecto labentem excipiat, verum vicino permittat, quæ servitus est utilis, ait Pacius *hic*, ubi est aquæ inopia, ut in Ægypto; velut, si cisternam habeas, pergit Mynsingerus, cui quantum satis est implendæ, stillicidia domus tuæ non sufficiunt, vel hortos tuis ædibus contiguos, qui ex vicini tui stillicidiis commode possint irrigari. Bachovius, *Recipiendi & non recipiendi* unam eandemque vult esse servitutem, affirmative aut negative appellari diverso dominantis & servientis respectu, vel a formulis confessoriæ & negatoriæ actionis, quæ contrarias quidem nominationes habeant, sed unam tamen servitutem designent; subtiliter quidem, si non ita nimis inepti Auctores Juris videbuntur, quod tam otiosa tautologia bis idem iisdemque locis inculcent; cur non idem fecerunt in servitutibus oneris ferendi, tigni immittendi, aliisque, ubi æque rationes istæ obtinebant? Cur non & ibi dixerunt, oneris ferendi vel non, tigni immittendi vel non immittendi? Alii, quos inter Vinnius *hic*, in servitute non recipiendi, præsupponunt statutum aut consuetudinem, qua cuivis jure ordinario liceat stillicidium vel flumen immittere in solum vicini, isque hoc pati & aquam recipere cogatur. Qui si malit eam non recipere, servitute opus esse ne recipiat aquam vicini.

S C H O L I U M.

At quomodo? Certe non nisi hoc modo, ut vicinus cogatur avertere stillicidium; sed obstat l. 15. §. 1. de Servit. *vide quæ notavi ad* Strauch. VII. 12. §5. seq. *qui explicationem servitutis hujus ab auctoris expositione non absimilem tradit.*

R E S P O N S I O.

Argumentum ex l. 15. §. 1. *est, quod avertere sit factum, quod servitus non recipit; sed tenendum, Servitutem in hoc consistere, quod domino aquam suam immittere in solum vicini non liceat: aliud in ipsa servitute non continetur. Si quid facere cogatur in suo, ne aquam immittat, de hac consequentia ipse viderit; ad servitutem illa non pertinet; non magis quam si quis ire, agere prohibitus, iter novum sibi facere cogatur.*

N. A D D I T.

Forte conciliatio fieri posset, si distinguas utrum vicinus ædificium jam extruxerit, an illud sit adhuc extruendum. De priori casu locutus sum in Scholio, & hic ista noviter constituta servitus consisteret in puro facto, scilicet in aversione stillicidii, quod hactenus casitaverat in aream vicini. Aliter se res habet casu posteriore, de quo intelligo Autorem, ubi servitus consistit primario in non immissione.

(i) *Pos.* 16. 17. (k) *Pos.* 18. 19.

Re-

(10) *Sed hæc ratio*, quia servitutes sunt perpetuæ & parietes vel columnæ sine refectione brevi intereunt, *nihil probat, cum exinde sequeretur etiam in servitute tigni immittendi refectionem ad dominum prædii servientis pertinere. Unica itaque ratio desumi potest ex formula, qua veteres solebant uti in impositione hujus servitutis. Consule Hein, in not. ad Vinn.* §. 1. h. t. n. 3. *& in elem. jur. ad* h. t. n. CCCCI.

Digitized by Google

Rectius statutum ita, quam pactum supponitur, quo servitus recipiendi antea sit constituta, quemadmodum Theophilus. Si enim tibi primo servitutem recipiendi stillicidii debeam, dein paciscar ne debeam, nihil hoc aliud est, quam prædii mei libertas restituta. Grotius *l. 2. Jur. Holl. c. 34.* præter servitutem stillicidii recipiendi, quam vocat *Drop*; agnoscit alteram, *Dropvang*. Illa onus, quo cogimur vicini aquam recipere. Hæc vero Jus, quo alterius aquam nostro commodo recipimus, quæ est eadem cum servitute non recipiendi stillicidium, ex mente Pacii & Mynsingeri; cui tamen verbotenus magis conveniunt termini *legis 2. de S. P. U.* stillicidii *avertendi*, vel non *avertendi*; Ut servitutem avertendi habeatis, qui potest dimittere aquam super vicinum; *non avertendi*, qui aquam suam proprio arbitratu avertere nequit, sed in usum vicini relinquere debet. Nec obstat, quod hæc explicatio de non avertendo, servienti aliquod factum, nempe ut aquam derivet ad vicinum, tribuere videatur; neque enim facti speciem hoc ullam habet, quia permittitur solummodo cursus aquæ de tegulis, quem sponte habet, nec aliud eo casu fit, quam in simplici jure stillicidii.

7. (l) Sequitur apud Justinianum *d. §. 2.* Servitus *ne altius quis tollat ædes suas*. Quod extra casum servitutis, nemo facere prohibetur, *l. 8. c. de Servitut.* in infinitum quoque, *l. 14. de S. P. U.* & cum incommodo vicini, *l. 9. eod.* modo legitima ab illo distantia, *d. l. 14* quibus nihil obstant *l. 30. de Usufr. l. 10. in f. de S. P. U.* docent enim heredem ædes a testatore legatas non posse penitus obscurare, sed quantum ad diurni luminis moderationem necessarium est, relinquere debere; hic beneficium defuncti, quod totum præstare debet, inutile relinquere non debet, quæ ratio in herede specialis ad alios non pertinet. Idem inculcat Scholium *ad posit. 25.* Ergo qui vicinis nullo jure sunt obstricti, pro arbitratu ædificare possunt, sine respectu ad alterius commodum vel incommodum. Nam qui suo jure utitur, is per alterius incommodum impediri nequit, *l. 137. §. 4. de V. O.* & hactenus in suo cuique facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. *l. 8. §. 5. Si servit. vind.* Verumtamen humanitas & civilitas sæpe aliud flagitat. Nec alienum erit a Magistratus officio videre etiam hactenus, ne malitiis indulgeatur, præsertim si quis voluptuose ædificet aut vexandi causam habeat (πῆμα κακὸς γείτων.) Unde cum laude memoratur judicium Theophili Imperatoris, qui *Petronæ* nobilis & potentissimi hominis superbam domum funditus evertit ad querelam pauperis viduæ, cujus lumina ædificando penitus ille corruperat, referente Besoldo, *cap. 6. Hist. Constantinop. ex Manasse*, cujus versus retulimus *l. 4. Digression. c. ult.* Est etiam exceptio in *l. ult. §. ult. C. de servit.* de area trituræ frumenti destinata, quam ad rem, ut olim fiebat, aëre ventoque opus erat libero, quem ædificando vicinus ab Area tali excludere prohibetur, quia tum paleæ secerni a frugibus nequeunt; quod speciali annonæ causa placuit.

(m) Jam qualis est Servitus altius tollendi? Bachovius idem hic sentit, quod modo de stillicidio diximus, unam esse eandemque servitutem, *altius tollendi atque non tollendi.* Sed, inquam, ineptum est credere JCtos tam fuisse ineptos, ut rem eandem contrariis toties verbis inculcarent, quod faciunt in *l. 1. & l. 2. de S. P. U. l. 2. de S. P. R. & l. 7. §. 1. Comm. præd. §. 2. I. de Act.* Bachovium tam luculenter & perspicue D. Vinnius refutavit, ut nobis otium fecerit, sufficiatque ad refellendum docere, quæ sit igitur servitus altius tollendi. Sunt qui dicant, eum debere hanc servitutem, qui tenetur suum ædificium altius in nostrum commodum tollere, ut ventum aut solem nimis liquidum avertat; sed hoc aperte naturæ servitutis repugnat, quæ servientem ad factum, quale hoc est, non obstringit, sed ut supra diximus, ad patiendum duntaxat, vel non faciendum; nisi quis hunc esse dicat usum servitutis illius, ne is, qui parietem ad certam altitudinem habet ædificatum, eum submittere possit, quod tamen nec ita quidem videtur. Verius est, servitutem Altius tollendi præsupponere statutum vel morem civitatis, quo ultra certam altitudinem vicino invito, nulli ædificare liceat; proinde si quis formam consuetam supergredi cupiat, id ei a vicino impetrandum, servitute adquisita. *l. pen. §. 1. C. de edif. priv.* Cujusmodi facultas, ut reliquæ servitutes, longa etiam præscriptione adquiri potest, *l. 1. C. de servit.* atque hoc esse videtur, quod de forma ac statu antiquorum ædificiorum scribitur in *l. 11. pr. de S. P. U.* Etiam Tacitus memorat, 15. *Ann. cap. 43.* post incendium Romæ, novam ædificationem legibus ordinatam fuisse, ne, ut post Gallica incendia, nulla distinctione, nec passim insulæ erigerentur, sed dimensis viarum ordinibus

(l) *Pos. 20. 21.* (m) *Pos. 22.*

Digitized by Google

nibus & latis insularum spatiis, *cohibita ædificiorum altitudine*, ac patefactis areis additisque porticibus. Etsi autem publica fuerit de altitudine domuum constitutio, tamen eam pactis usuque privatorum mutari potuisse, probatur ex *d.l.pen.§.1.& l.1.C. de Servit.* Unde Ulpianus in *d. l.* 11. §. 1. *Si inter te & vicinum non conveniat, ad quam altitudinem extolli ædificia, quæ facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris*. Si invitis nobis vicinus altius tollere nequeat, Ergo cum id pati cogimur, servitutem eam esse oportet. (11)

8. (n) Postrema apud Justinianum *d.* §. 1. verba sunt, *ne luminibus vicini officiat*, quibus verbis, ait Vinnius, non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed finis propositæ. Et esse hanc unam servitutem cum *altius non tollendi*, tradunt Donell. 11. *Comm.* 5. Bronchorst. 2. *antin.* 5. D. Wissenb. XI. *ad Inst.* 16. nec aliter Theophilus; Μὴ ἐξεῖναι ἀνυψοῦν τὴν σὴν οἰκίαν, καὶ ἐντεῦθεν ἀφαιρεῖσθαι τὸ τῆς ἐμῆς οἰκίας φῶς. *Non licere altius tollere domum tuam, atque ita meæ domui auferre lucem*. Licebit hic tamen regerere, quod modo Vinnius Bachovio objecit, verisimile non esse JCtos unam servitutem duabus formulis iisdem locis significare, quin potius diversitatem terminorum res quoque diversas arguere in *hoc* §. 1. *& in l.* 2. *de S. P. U.* Imo constat servitute ne luminibus officiatur prohiberi quodcunque fit ad luminis impedimentum, *l.* 15. velut *si quis arborem ponat*, *l.* 17. *pr. eod.* ubi in §. 2. *Interdum dici potest, eum quoque, qui tollit ædificium vel deprimit, luminibus officere*, quæ verba evidentissime diversitatem ostendunt. Verum est, quod Servitus altius non tollendi eum maxime finem contineat, ne luminibus officiatur, *l.* 4. *eod. tit.* sed non ideo, qui cavet ne luminibus officiatur, hoc solum vetat, ne altius ædificetur; sed ne ullo modo lumen intercipiatur; quod aliter quam ædificando fieri posse, res & usus docet.

Sed nec illud verum est, quod vult Bachovius, Servitutem luminum esse eandem cum servitute ne luminibus officiatur; eadem ratione, qua modo de stillicidio recipiendo vel non, altius tollendo vel non, audivimus. Ideoque miror, ipsum ab hac sententia Vinnium non esse alienum, quando apertissime separantur hæ servitutes in *d. l.* 4. Quid servitus luminum sit, missis, quæ copiose hac de re disputant alii, docere videtur Paulus *l. pen. eod. tit.* *Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt*, inquit, *aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse, respondi*. Modo dixit, servitutem luminum esse, qua vicinus lumina nostra excipere cogitur; id hic jam interpretatur, quando jus immittendi luminis in parietem alienum vel communem cœcum habemus, ut eo aperto fenestraque imposita, lux & sol ad nos transmittatur, quod vicinus alioqui minime pati cogeretur. Ea explicatio procul dubio aptissime Paulo convenit in *d. l.* 4. *ut vicinus lumina nostra excipiat*. A lumine differt prospectus: Nam ad illud sufficit cœlum videri, nec aliter quam ex superiore loco, prospectus etiam ex inferiore venit, *l.* 16. *eod.* Qui debet servitutem ne prospectui officiatur, nihil facere potest, quo liber & gratior prospectus impediatur; qui *ne luminibus*, id saltem, ne cœlum obscuretur. *l.* 15. *eod.*

9. (o) Post enumeratas servitutum species, docet Imperator, ideo prædiales vocari has servitutes, quia tam qui debent, quam eos quibus debentur prædia habere oportet, neque sine prædiis constitui possunt, §. 3. *h. l.* 1. *Comm. Præd.* nempe quatenus jura in re adquisita sunt, nam promitti servitutem posse etiam ei ædificio, quod nondum est, ut effectum habeat ubi structùm fuerit, nihil impedimento est, non magis quam ne aquæductus constituatur, aqua licet nondum inventa, *l.* 23. §. 1. *de S. P. U. & l.* 10. *de S.P.R. & l. ult. Si serv. vind.* ut etiam promittere viam is potest, qui fundum non habet. *l.* 25. §. 10. *ff. Fam ercisc.*

10. (p) Causæ, quibus servitutes constituuntur, sunt remotæ vel proximæ. Remotæ videntur, quas simpliciter vocamus *causas*, quæ actionem duntaxat personalem ad adquirendas servitutes pariunt, ut sunt pactiones & stipulationes, de quibus in §. *ult. I. de servit.* per *pactiones* non utique nuda & sola pacta, sed quæ contractibus in continenti adjiciuntur intelligemus, ex quibus actio efficax proficiscitur, *l.* 7. § 5. *de pact.* possunt etiam verba *pactionibus atque stipulationibus* conjunctim accipi, quia moris erat pactiones nudas firmare stipulationibus; has illis subjicere, unde Africanus in *l.* 33. *in fin. pr. de S.P.R.* recte esse servitutem impositam ait, *maxime si pacto stipulatio subdita sit*; quo sensu nuda pacta per stipulationes sumere effectum dicuntur in *l.* 45. *de pact.* Proximæ servitutis causæ vocari solent *Modi*, partimque sequuntur conventionem, partim sine ea servitutem

(n) *Pos.* 23. (o) *Pos.* 27. (p) *Pos.* 24. 25.

(11) *Confer. Hein. in elem. jur. ad h. t.* §. CCCCV. *ubi refert etiam sententiam A. A. Pagenstecheri in sicilim. Manip.* III.

Digitized by Google

tutem immediate producunt. Prioris generis est cessio in jure, de qua Ulpianus *tit.* 19. §. 9. & Paulus in *l.* 39. *de S.P.U. & l. ult. Comm. præd.* Sed hodie modus adquirendi servitutem proximus est patientia usus, ut dix. ad §. 41. *supra de R. D.* cum is, qui debet servitutem, patitur vicinum in fundo suo aliquem actum servitutis instituere.

S C H O L I U M.

Sed patientia tantum requiritur in servitutibus adfirmativis. In negativis per solam promissionem constituitur servitus. Dix. ad Strauch. VII. 18. 82. & seqq.

R E S P O N S I O.

Ita est; nam Res loquitur, in servitutibus, quæ ad non faciendum pertinent, initium a patientia intelligi magis, quam actu aliquo externo celebrari.

Igitur Cessio illa & patientia sequuntur pactiones & stipulationes, quarum hæ sunt causæ, illi vero modi, quibus servitutes constituuntur; sed cum in testamento relinquuntur (quod ut fiat, videndum in *d.* §. *ult. & l.* 6 *comm. præd.*) non minus plene & immediate servitutum quam aliarum legata rerum adquiri videntur, ita ut, quemadmodum cætera legata dominos ipso jure faciunt legatarios, *l.* 80. *de leg.* 2. sic servitutes etiam legatæ, sine facto heredis statim perfecto jure competant, ut continuo vindicari possint. *l. ult. de servit. leg. & l.* 19. §. 1. *Quemad. servit. amitt.*

(q) Postremus adquirendæ servitutis modus est, *diuturnus usus & longa quasi possessio*, *l.* 10. *pr. si servit. vind.* non igitur usucapio, *l.* 43. §. 1. *de A. R. D.* quoniam hujus fundamentum est possessio, *l.* 25. *de usuc.* servitutes autem, ut omnia incorporalia, non vere, sed ficte & *quasi* possideri notum est, *l.* 43 §. 1. *de A. R. D. & l.* 3. *pr. de adquir. vel amitt. poss.* Tametsi vero idem tempus * præscribendis servitutibus, quod usucapioni corporalium rerum, constitutum est, cætera tamen usucapionis requisita hic non exiguntur, maxime titulus habilis & bona fides; nam in præscriptione servitutum necesse non est docere quo jure, vel titulo servitutem adquisieris, tantum ut ostendas, per annos forte tot usum te, non vi, non clam, non precario, *d. l.* 10. *Si servit. vind.* quod sane in servitutibus speciale est; quando satis constat, in usucapione & longi temporis præscriptione, bonam fidem titulumque alioqui præcise requiri. *l. un. C. de usuc. transf. l.* 4. *& l. ult. C. de præscr. longi temp. l.*24. *C. de R.V. & l.*8. *pr. C. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* Scriptum quidem est in *l.* 2. *de servit.* exemplo rerum immobilium illis præscribi, sed hæc verba recte ad tempus, non ad titulum referunt Fachin. 13. *contr.* 83. Bronch. *cent.* 2. *ass.* 93. Et hæc quidem sententia de titulo, satis communiter negative recepta est; (12) sed e contra scientiam domini, adversus quem præscribitur, requiri, communiter Dd. statuunt, teste Bronch. *cent.* 2. *ass.* 7. tueturque eam contra Treutl. Bachovius *vol.* 1. 17. 9. *c.* Sed verius esse, quod nec scientia requiratur, primo citata *lex* 10. probat, quæ nihil exigit quam usum tot annorum; dein *lex ult. C. de præscr. long. temp.* diserte scientiam, vel ignorantiam, in præscriptione longi temporis non attendi docet; *eodem observando*, subjicit confestim, *& si res non soli sint, sed incorporales, veluti usufructus & cæteræ servitutes*; cui accedit, quod vix præsumendum sit, ignorasse dominum per tot annos usum servitutis in suo prædio, vel si nesciverit, sibi id imputandum habeat; præscribenti sane probatio talis scientiæ imponi nequit. Initium præscriptionis ab usu liberati contrario ducendum, ex his, quæ dicta sunt, facile colligitur.

S C H O L I U M.

In servitutibus scilicet affirmativis. In negativis autem Servitutibus initium temporis currit a prohibitione domino prædii servientis facta. Not. ad Strauch. VII. 19. pag. 19.

R E S P O N S I O.

Cum dicimus, præscriptionem servitutis incipere ab usu contrario, non vi, clam, vel precario instituto, id de his, quæ in non faciendo consistunt, intelligi non posse, rursus manifestum est. Recte monet igitur de his Scholiastes.

TIT.

(q) *Pos.* 26.

(12) *Puterem tamen titulum & bonam fidem requiri, dum servitus a vicino non domino mihi concessa est. Quod si petitam vero domino longo tempore servitute usus fuero, tum, quia patientia domini pro titulo habetur, non erit mihi necesse docere de jure, quo servitus constituta est. Vide sis de lege Scribonia & usucapione servitutum Joann. van de Water observ.* lib. 2. Cap. 11. *& Greg. Majansii disput.* 6. *Quibus adde Aud. parte* 2. *Vigress.* lib. 2. cap. 17.

* Apud Sax. sine discrimine 31. ann. 6. sept. 3. d. præscriptione servitutes adquiruntur. 2. L. R. l. 1. c. 29. Capz. p. 2. C. 4. *Def.* 8.

TIT. IV.

De Usufructu.

I. Continuatio, & definitio usufructus explicata. II. Divisio in generalem & specialem. III. In verum & quasi usumfr. & differentia inter verum ac quasi usumfr. IV. De cautione fructuaria. V. De constitutione ususfr. obiter. VI. De modis quibus finitur ususfructus, ubi de morte. VII. De non usu. VIII. De cessione. IX. De rei interitu & mutatione. X. De consolidatione. XI. De usufructu pro parte finito, obiter.

(a) SErvitutes, ut pridem diximus, sunt prædiales, vel personales. *l.* 1. *de Servit.* Illæ prædio debentur sine respectu ad certam personam, etsi per mille manus hoc ambulet: atque hæ reales nomen servitutum κατ' ἐξοχὴν sibi vindicant, *Rub. D. C. & Inst. de Servit.* imo usuifructui quandoque opponuntur, ut in §.9. *inf. de Legat.* Personales sunt, quando Res obnoxiæ sunt certis personis iisque solis utilitatem præstant nec in alios transferri queunt. Cujusmodi sunt Ususfructus, usus & habitatio. Vocantur etiam hominum servitutes in *l.* 15. *de Servit.* longe tamen diversæ a servitute personarum, de qua dictum in *libro primo.* Nam in illa homo servit, in hac res servit homini, illa ad statum, hæc ad utilitatem pertinet. Definitur Ususfructus, quod sit *Jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia, pr. I. h.* Quam definitionem aliqui justo esse latiorem, quia conveniat marito quoque & emphyteutæ, vasallo, colono, creditori antichretico & similibus. Quod ut evitent incommodum, verbum *Jus* pro servitute accipiunt, quod recte improbat D. Vinnius: Censeo autem, nulli istorum congruere hanc definitionem; nam maritus respectu dotis non habet jus in alienis, sed in suis rebus, quia naturaliter & civiliter dominus est, ut *infra* videbimus. Reliqui omnes, tametsi alienis rebus suo modo uti & frui videantur, nemo tamen ex hac definitione quid sit Emphyteusis, Feudum, Locatio, ἀντίχρησις, intelliget, cum singula pluribus constent requisitis. Nec videtur posse aliquod jus proferri, cujus naturam hæc definitio plene exprimat, præter usumfructum. *Rursus*, ait Clar. Wissenbach. *disp. ad Inst* 12. *th.* 3. *Hæc definitio videtur esse angustior suo definito, quia non convenit quasi usufructui, in quo rerum substantia non manet salva*, adeoque genus hoc esse analogum & πρὸς ἓν alteri tantum speciei conveniens, censet. Ego putem, quasi usumfructum prorsus non esse usumfructum, sed jus quoddam ei simile & affine, ideoque nec definitionem ei congruere oportere, quod Justinianus perspicue docet *in fine* §. 2. *h. t.* & Gajus in *l.* 2. §. 1. *de Usufr. ear. rer.*

(b) Dominium igitur plenum duas quodammodo partes habet, Jus, quo res nobis propria est, & Emolumentum rei, quod ususfructus vocatur. Idque vel proprietatem comitatur, vel per se ac separatim subsistit. *l.* 126. §. 1. *de V. O.* In priore sensu pro parte dominii habetur, per *l.* 4. *de usufr. & l.* 70. §. 2. *de Fidejus.* Unde, cui fundus est legatus, huic etiam ususfructus censetur relictus, nisi expresse additum sit, fundum legari detracto usufructu, *l.* 19. *de usu & usufr. leg. & l.* 6. *de us. ear. rer.* qui textus docent, si uni reliquatur fundus simpliciter, alteri ususfructus, quod tum prior nudam proprietatem solus & usumfructum cum altero communem habeat; idemque perinde obtinebit, etsi proprietas fundi legetur uni, & alteri ususfr. *l.* 9. *de usufr. adcresc.* quæ subtilitas a simplicitate praxeos hodiernæ aliena judicatur a D. Groenewegio *de LL. abr. ad d.l.* 19. adeoque abrogatum esse illud jus, fidenter affirmat Autumnus, *in cens. Gall. ad d. l.* 19. Sed Grassus illam Juris Rom. sententiam inter eas quæ praxi receptæ sunt refert *Recept. sent.* §. *legatum. quæst.* 25. *n.* 3. & Mantica, *l.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 6. *n.* 17. *& seqq.* hoc ipsum in legato particulari ut certum & notum refert, sed in hereditate & legato usufr. universali secus obtinere, ita ut cum Testator primo heredem ex asse instituit, dein usumfr. omnium bonorum alteri legat, heres in usumfr. non concurrat, nisi additum sit, cum pleno eum dominio instituì, quod discrimen textus prædicti, nominatim. §. 1. *h.t.* facile ferunt, qui in terminis legati fundi & ususfructus ejus, non de proprietate sub titulo heredis comprehensa loquuntur, quoniam hæc singularum rerum dominia non afficit ita, ut a titulo heredis separari nequeant; quemadmodum legato fundo, cujus

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 6. & 7.

Digitized by Google

jus vis non nisi proprietate ac usufructu impletur. Quid si ususfr. omnium bonorum tibi, fundus Titio legetur? Verius videtur, Fructuarium generalem concurrere etiam in fundi usumfructum, aliter quam si ususfr. fundi Titio legatus fuisset, ut latius iidem Auctores.

(c) Ex his facile judicari potest distinctio ususfructus vulgata in *Causalem* atque *Formalem*: Causalis dicitur, qui cum proprietate conjunctus est, Emolumentum quod dominus habet in re sua; Formalis, qui in rebus alienis consistit. Fatendum causalem usumfructum, si rem potius quam vocem consideremus, non esse nihil; neque enim dubium, quin dominus usumfructum rei suæ alteri concedere possit. *l.63.h.t.* Quod quis autem dat alii, hoc ipsum habere necesse est, vel formaliter, vel saltem, ut Scholastici, causaliter, sive virtualiter. Sed non ideo usumfructum recte in causalem & formalem dividi concedimus. Species enim, quæ cum genere suo non habet idem genus commune, species legitima esse nequit; *ὑπὸ τὴν αὐτὴν διαίρεσιν δεῖ τὸ γένος τῷ εἴδει εἶναι, Genus & species sub eadem partitione consistere debent*, Arist. 4. *Top.* 1. atqui ususfructus, de quo hic agitur, genus habet Servitutem; Causalis ususfructus non est Servitus, quia res sua nemini servit, *l. 5. si usus f. pet.* idque omnes fatentur, proinde nec fieri potest ut ususfruct. duas habere species dicatur, Causalem atque Formalem. Ne igitur præter necessitatem dialecticos terminos in Artem Legum invehamus, præstat dicere, quod Ususfructus aut pro emolumento rei propriæ, aut pro servitute capiendi fructum ex re aliena sumatur; ac ita divisio non species oppositas, sed tantum diversas significationes vocabuli *Ususfructus* infert. *l. 21. §. pen. de except. rei jud.*

4. Est igitur, ut dictum, Ususfructus hoc loco, Jus alienis rebus utendi fruendi, continens omne emolumentum omnemque reditum, qui ex re quovis modo percipitur, *l. 7. pr. & l. 9. h. t.* seu per ipsummet sive per colonum fundus colatur, adeo quidem, ut fructuarius conductorem a domino impositum, nisi expresse id prohibitum, expellere possit, *l. 59. §. 1. h. t.*

(d) Absolvunt porro Ususfructus naturam verba definitionis; *salva rerum substantia* id est, ut Theophilus interpretatur: *ἐφ' ὅσον αὐτὰ τὰ πρωτότυπα σώζεσθαι πράγματα, quoad usque res ipsæ principales salvæ manserint*, quam explicationem Giphanius præfert vulgatæ Interpretum, qui his verbis officium fructuarii, ne rem perdat vel corrumpat, designari putant: in quem finem versu sequenti; *est autem &c.* legi vult, *est enim*, ut habetur in *l. 2. de Usufr.* unde hoc principium est desumptum, prout Theophilus ἐπειδὴ γάρ. Sed dubium non est, quin & *hoc & natura rerum*, in quibus ususfructus constitui potest, his verbis significetur; quæ scilicet ejusmodi esse debent, ut earum substantia utendo non consumatur, uti fundus, domus, pecus, supellex. Denique & officium fructuarii iisdem verbis inculcatur. Ita enim uti & frui debet, ut rem non deteriorem, nec aliter quam bonus paterfamilias in re sua faciat; Proinde, ne res consumantur, corrumpantur, aliamve in formam transmutentur, *l. 13. §. pen. l. 44. l. 61. d. t. de Usufr.* quare etiam rem suis impensis reficere debet, nisi tanta opus sit impensa, ut usumfructum derelinquere malit, *l. 64. d. t.* quod tamen ei non permittitur, si suo suorumque facto culpave res deterior reddita sit. *l. 65. & sequ.* Heres certe reficere non cogitur, ne quidem si vetustate jam deterius factum reliquisset testator. *d. l. 65. §. 1.* Hinc etiam sequitur, si ususfructus rei e pluribus congregatæ sit relictus, eam semper integram, substitutis in locum deficientium novis, oportere præstari, quod in vineis, hortis, silvis, arboribus in demortuarum locum adserendis, usum habet. *l. 68. §. ult. l. 69. 70. & l. 18. eod. tit.* Idemque de grege tradit Cæsar in §. 38. *inst. de A R D.* scilicet in locum demortuarum pecudum alias e fœtibus esse substituendas, non aliunde comparandas, ut grex integer subsistat; cum, si pecudum ususfr. esset relictus, singulorum morte tam proprietas quam ususfructus periisset.

2. (e) Definitionem sequitur divisio ususfructus in *Generalem* & *Specialem*. Generalis est omnium bonorum; Specialis in rebus certis consistit. Generalis ita valere dicitur, si non excedat dodrantis æstimationem, habetur in *l. 29. de usuf.* quod Vivianus ad *d. l.* ita accipit, usumfructum omnium bonorum legari posse, *præterquam in quarta quæ debeat heredi remanere de bonis* ratione legis Falcidiæ; male, nam cum heres plus quam pro lege Falcidia haberet, quartam liberam & proprietatem totius nudam. Ceterum, quibus legitima competit, his jam non quarta, verum legitima portio salva esse debet, hoc est, triens vel semis omnium bono-

(c) *Pos.* 3. 4. 5. (d) *Pos.* 8. 9. 10. 11. (e) *Pos.* 2.

Digitized by Google

bonorum, qua de re *ad tit. de Inoff. testam.* Rectius Accursius, quod in tali legato oporteat *æstimari proprietatem & usumfructum*, quia potest *minus valere proprietas quam ususfructus*; imo fieri posse oportet, ut ususfructus pluris sit quam dodrans omnium bonorum, veluti hoc modo: Si ponas ususfructuarium esse victurum per XXX. annos, quod est maximum, ex *l. 68. ff. ad leg. Falcid.* præsumasque adeo reditus quincunces, id est, quinque de centum quotannis, usuræ quidem superabunt dodrantem, nec interusurium faciet ut pluris sit dodrans præsens substantiæ, quam expectatio redituum per totos XXX. annos: Sed ut reditus quincunces, imo trientes, ubique & indistincte ponantur, vix habet civilem facultatem. Simplicior est Aristonis sententia, Juliano probata in *l. 1. §. 9. ad Leg. Falcid.* quartam fructuum partem quotannis esse deducendam, idque Curiæ Parisiensi placuisse testis est Costalius *ad l. 19.* Ex facto tamen scio, proprietatem sortis XVIII. millium, cujus ususfructus erat relictus juvenculæ viduæ, æstimatam esse III. M. & DC. ac ita venditam esse quasi justo pretio, quo facto ususfructus longe dodrantis æstimationem excedebat.

3. (f) Hæc fuit prima divisio, missa doctorali in causalem & formalem, de qua modo. Receptior & notior est divisio in Verum & Quasi usumfructum, quam ex sequentibus intelliges.

Generalis ususfructus ad omnia bona æqualiter pertinet, etiam ad ea, quorum substantia salva manere nequit, cujusmodi omnes sunt res, quæ usu consumuntur, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, item lana, odores, aromata, *l. 11. de usufr. ear. rer.* esculenta denique & potulenta, quæ neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum, ait Justinianus *in §. 2. h. t.* per naturam enim fieri nequit, ut illis rebus utamur fruamur, quin ipsæ pereant, quod & civili rationi, quæ restitutionem ejusdem corporis requirit, adversatur. *Non debet ea mulier*, inquit Tullius in Top. *cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis putare id ad se pertinere.* Postquam tamen de his etiam rebus quasi ususfructus est constitutus, earum quoque jus, ut pecuniæ, sub usufr. generali continetur. *l. 24. de usu & usufr. leg.* Nec tamen ideo Ususfr. in duas species recte dividetur, quia fungibilium rerum per Naturam usufr. dari nequit. Proinde rectius dicitur, de iis aliquod jus affine usufructui constitutum esse, quo rerum istarum transfertur dominium, sub hac lege, ut finito usufructu, tantundem, vel æstimatio restituatur; quod jus vocatur Quasi-ususfructus. *d. §. 2.* Ejusque differentia a vero sic satis perspicua est, quod nec in re aliena sit, nec salvam relinquat substantiam. Quippe in hoc dominium, in vero usus duntaxat & emolumentum transfertur. In hoc sunt quantitates Resque eodem in genere, in vero eadem species restituitur. In hoc, inquam, sunt quantitates, in illo corpora. Ex quibus colligitur, vestimentorum non esse quasi, sed verum usumfructum, quia diserte scriptum est in *l. 15. §. 4. h. t.* vestimentorum non habere se ut quantitatis usumfructum & quia vestis in eadem specie restitui potest ac solet. *l. 9. §. pen. Usufr. quemadm. cav.* Quod autem in *d. §. 2.* habetur, vestimentorum esse quasi usumfructum, id ita comparatum est, ut vel inviti opinionem Triboniani consulto vel errore contrariantem agnoscere cogamur; nam conciliationes, quæ proferuntur, dilutiores sunt quam ut consistere possint. Frustra dixeris, vestes consumi, quas diu videmus integras usurpari, cum aliarum rerum usus in continuo abusu consistat. Deteritur potius & longo usu minuitur, quod ipsum in animantibus aliisque rebus fit, quarum verus ususfructus est. Notandum tamen hic, quod Pomponius monet in *l. 28. de Usufr.* pecuniæ veteris & rarioris, quæ non eroganda sed ostentandi causa habetur, usumfr. posse verum, instar gemmarum, constitui.

(g) Porro, quia ad exemplum Ususfructus Quasi-usumfructum Senatus ordinavit, *d. §. 2.* non est dubium, quin iisdem modis, quibus verus ususfructus, constitui possit, tam contractu, quam testamento; quamquam alii, quos inter Wesemb. *in fin. tit. de usufr. ear. rer.* non nisi per legatum id posse fieri censeant, quia & hujus tantum mentio fit in *d. §. 2. & l. 1. ac toto tit. de usuf. ear. rer.* & quia hoc jus inter vivos constitutum naturam Mutui induceret, quod adeo certum Hotomannus putat, ut ridiculum censeat de hoc jure inter vivos quærere constituendo. Sed mentio legati in illis textibus, recte dicitur, frequentioris exempli causa fieri; confusio autem cum Mutuo non est metuenda, quia hoc jus stipulatione ante dationem rei, *l. 10. §. 1. eod.* mutuum non nisi traditione perficitur; In mutuo non nisi Res

(f) *Pos.* 13. 14. 15. 16. (g) *Pos.* 17.

Digitized by Google

Res in eodem genere, in Quasi-usufructu justa rerum æstimatio restituitur, & quidem, si is qui habet hoc jus moriatur aut capite minuatur, *d.* §. 2. *l.* 7. *d. t.* (aliis modis non finitur quasi-usufructus, *l.* 9. *d. t.*) cum quod mutuo datur, omni tempore possit repeti. Denique, mens contrahentium haud difficulter e verbis eorum colligi potest, quæ vix adeo obscure concipi queunt, ut inde non liqueat, mutuum an usumfructum partes contrahere voluerint.

4. (h) Officium fructuarii esse diximus, ut rebus ita fruatur, quo salva sit earum substantia, in quem finem *cautio* tam in vero quam in usufructu *quasi* ita dicto, exigitur. Utrobique cautio necessaria est, * verum in quasi usufructu potest etiam dici *essentialis*: quia, cum usufructus rerum fungibilium dari nequeat, *per cautionem* sit ut imitamentum ejus hoc jus constituat, quod prius aliterque non erat, ideoque ipsam juris hujus essentiam tribuit ac confert. Sed verus usufructus, etsi cautionem necessario requirat, tamen absque ea potest intelligi, imo & exercetur absque illa, quando heres eam negligit exigere, ut fit non raro. Scilicet hæc vera cautio bimembris est; *usurum fruiturum se boni viri arbitratu*: & finito usufructu *restituturum quod inde extabit*, *l.* 1. *in pr. usufr.* adm. cav. estque tam necessaria, inquam, hæc satisdatio, ut remissio ejus a testatore facta inutilis sit, *l pen. C. Ut in possess. legat.* & *l.* 6. *pr. ff eod.* quasi contraria naturæ ususfructus, cum per eam fieri possit, ne salva sit substantia rerum: Quo minus tamen heres ipse, cui præstanda cautio, eam remittat nihil obstare videtur. *arg. l.* 71. *ad L. Falcid.* (1) At illo urgente, negantur actiones hereditariæ tantisper fructuario, *l* 13. *pr. de Usufructu* & *l.* 1. *C. h. t.* quin etiam heres non modo condicere potest cautionem, hoc est, in personam agere, ut fructuarius caveat; sed in rem quoque ad ipsas res fructuarias repetendas. *l.* 7. *in pr. Usufr. quemadm. cav.* Cæterum, fit illa cautio per stipulationem, quæ ut efficax esse queat, recte faciet dominus si in testatum redigi curet statum cujusque rei præsentem, ut dein probatio, quid damni sit datum, facilior esse queat, *d. l.* 1. §. 4. sed confirmanda est hæc stipulatio per fidejussorem, quia satisdatio est, §. 2. *h. t. l.* 5. *pr. de usufr. ear. rer.* satisdare autem est dare fidejussorem, *l.* 1 *Qui satisd. cog.* cui accedit, quod sit Prætoria stipulatio, cujus id proprium est, fidejussione confirmari, *d. l.* 1. *Qui satisd. cog. juncta l.* 7. *de stip. Prat.* quod tamen hactenus mitigandum, ut qui ob paupertatem fidejussores reperire nequeunt, jurejurando defungantur, *arg. N.* 112. *c.* 2. *in f. pr.* at si persona suspecta fluxis moribus & fide sit, necesse videtur, Res ipsas sequestrari, vel domino aut tertio locari; ut fructuario merces præstetur, atque ita ex usufructu *Reditus* fiat, vel aliter consulatur arbitrio judicis: est enim generale monitum, ut deficiente satisdatione *res apud officium deponatur, si hoc judici sederit*, ait Ulpianus *l.* 7. §. *ult. Qui satisd. cog.* vid. Gail. 2. *obs.* 47. *n.* 8. & *seq.* Peck. *de testam. conj. l.* 5. *c.* 24. *n.* 4. *sub. fin.* (2) Cautio quasi ususfructus bifariam præstatur, vel tantundem rerum fungibilium, vel æstimationem earum finito usufructu restitutum iri, §. 2. *vers. itaque h. t. l.* 8. *de usufr. ear. rer.*

5. (i) Constituitur & adquiritur Ususfructus iisdem fere causis & modis, quibus Reales servitutes, de quibus dictum *præced. tit. a princ.* nimirum ultimis voluntatibus aut inter vivos pactionibus & stipulationibus, dein immediate per patientiam usus, *l.* 3. *pr. de Usufr.* præscriptionem longi temporis, *l. pen. C. eod.* & per cessionem a domino in jure factam, Ulp. *tit.* 19. §. 9. *l.* 63. *de usufr. l.* 66. *de jure dot.* nihilo secus quam modo de servitutibus dictum; nisi quod requisitum tituli & bonæ fidei nusquam in Usufr. remissum, quemadmodum de servitute intelleximus. De constitutione quasi ususfr. jam dicere occupavimus.

6. (k) Sequuntur in §. *pen.* modi quibus finitur ususfructus. Distingui possunt ita, ut vel habeant respectum ad personam fructuarii vel ad rem. Modi personales sunt tres: Mors, negligentia, Cessio. Reales etiam tres: Interitus, Mutatio, Consolidatio. Primus est Mors naturalis, quia est jus personæ conjunctum, cum qua extingui debet, secundum *l.* 196. *de R. J.* Exceptio est satis enormis in filiofamilias, a cujus morte ususfr. in patrem continuatur, quia cum filii esset, simul Patris videbatur jure patriæ potestatis, *l. ult. C. h. t.* quod non perinde obtinet a Patre in filium. *l.* 3. *pr. C. de Usufr.* Quod si in constituendo usufructu additum sit ad

(h) *Pos.* 18. 19. (i) *Pos.* 17. (k) *Pos.* 12.

(1) *Vide tamen Gerard. Noodt de usufr.* lib. 2. c. 19. *qui contendit heredem, non obstante remissione, cautionem exigere posse.*

(2) *Dissentit rursus Noodt de usufr.* lib. 2. cap. 19. *quem vide.*

* Jure Saxonico ab ista cautione immunitatem habet vidua in dotalitio usufructu gaudens, vid. *P.* 3. *C. El.* 16. 32. maritus & ususfructuarius bonorum uxoris, a *LR. L.* 1. *a* 13. 45.

Digitized by Google

ad heredem ut pertineat, nihil obstat, quo minus in herede continuetur, non ut idem, sed ut duplex ususfructus, *l.* 38. §. 12. *de. V. O.* quo tamen casu, simplici appellatione heredis, non nisi primum heredem intelligi, docet *lex.* 14. *C. de Usufr.* Potest etiam ante obitum finiri ususfr. tempore vel conditione quæ adjecta erat ex ante. *l.* 12. *pr. C. de Usufr.* Præterea finitur ususfructus morte civili, id est, maxima & media capitis diminutione fructuarii. *d. §. pen. l. pen. §. ult. C. eod.*

7. (l) Non utendo per modum & tempus amittitur ususfr. Per *modum* τρόπῳ ῥητῷ, ut Theoph. *secundum legem* initio *dictam*, qualis est, ut certis horis utatur, aut certo genere vehiculi, ne faciem fundi mutet, ex pascuo arvum, quod alias licet, vel contra faciat. *l.* 10. §. 1. *Quemad. servit. amitt.* Male utendo verius est non amitti usumfr. quia ad hoc persequendum propriæ actiones comparatæ sunt, *l.* 13. §. 2. *de usufr. l.* 1. §. 5. *Usufr. quemad. cav.* neque pœna commissi ob hanc causam ullibi exprimitur. (3) Sed ipse ususfructus durat, donec constituto tempore pereat, inquit Gajus in *l.* 27. *pr. de Nox. act.* Per *tempus*; id Theophilus interpretatur ὡρισμένῳ χρόνῳ, *tempore præfinito*; si intelligat, a contrahentibus, errat; nam tempus sine dubio generaliter accipiendum quod in *l. pen.* §. 1. *in f. C. h. t.* statuitur idem, quod dominio præfixum, in mobilibus triennium, in immob. longum tempus * decem vel 20. annorum, ut *infra* videbimus. Neque illis adsentiendum, quos inter Bachovius *not. ad Wes. Quemadm. usufr. amit. in pr.* Justinianum etiam in usufr. mobilium statuisse longum tempus, quod rationi non convenire ipse fatetur, neque evincitur ex *l. pen. C. de Servit.* quia hæc non sancit tempus præscribendi usufr. sed refert, quod alibi sancitum, nempe in *d. l. pen.* §. 1. quæ ad similitudinem dominii tempus ordinat. Quod autem *hæc l. pen.* temporis longi tantum meminerit, ob comparationem cum servitutibus fit, quæ rebus soli dumtaxat conveniunt; adde D. Vinnium *ad §. pen. Inst. h. t.*

8. (m) Finitur quoque Usufr. si domino proprietatis ab usufructuario cedatur; nam cedendo extraneo nihil agitur, ait Imperator *d. §. pen.* quæ oppositio in verbis, *finitur*, uno casu *nihil agitur.* Altero perspicue probat, cessione extraneo facta non finiri usumfr. sed nihil agitur; Cessio pro non facta habetur, ἀνενέργητός ἐστιν ἡ παραχώρησις, *inefficax est cessio*, habet Theophilus & nullius momenti, sic ut nihil omni ex parte fiat; quæ est locutionis illius propria significatio, ut multis probat Brisson. *l.* 12. *de V. S. in voce Nihil.* & crebriore Interpp. calculo in hac quæstione probatur, teste Pinello *l.* 1. *part.* 3. *de bon. mat. n.* 38. Grotioque idem τῷ μεγίστῳ placet *lib.* 1. *de J. B. & P. c.* 4. §. 10. Alii τὸ *nihil agere* tantum ad extraneum referunt, in quem nihil transferatur: hoc vero agi putant, ut qui cedere voluit usumfr. amittat, isque ad proprietatem revertatur & hoc probant ex *l.* 66. *de Jure dot.* quæ tamen bene considerata hoc non evincit. Species ejus hæc est; Mulier usumfr. fundi habens eum viro in dotem dat, fit divortium, reddendus est ususfructus, sed mulier pro extranea habetur, quia proprietate caret, nec cessio nisi proprietario fieri potest: si in mulierem fiat, *reversurum* ait textus *usumfr. ad proprietatem.* Non dicit reverti, *sed reversurum*, id est non transire ad mulierem, sed in statu manere, ut pro solo proprietario sit, suo tempore scilicet & modis jure præscriptis. (nimis enormis pœna foret, ex conatu cedendi toto statim usufructu mulctari. Sand. *cap.* 5. *de act. cess. n.* 35.) Quia tamen aliquid agi debet in præsenti, suggerit JCtus non in jure cedendum, sed locandum mulieri aut vendendum uno nummo usumfr. quippe tunc non agetur nihil, sed mulier effectum ususfructus consequetur, dum jus ipsum penes maritum manet. Si tamen durum videtur verba *reversurum usumfr.* aliter accipere quam statim a cessione reverti usumfr. ad proprietatem, dic, ibi sic esse juris, quia penes maritum soluto matrimonio dotalis ususfr. manere non potest. (4)

(n) Cessio hic, illa solennis, scil. quæ in Jure fiebat, intelligitur, per quam jus totum penitus & funditus transfertur a cedente in accipientem, de qua Ulp. *tit.* 19. §. 9. Simplex alioqui venditio in extraneum, domino licet invito, prohibita non est, *l.* 12. §. 2. *l.* 38. *& l.* 67. *h. t.* quia per hanc ipsa Servitus & jus primæ-

(l) *Pos.* 28. *& seqq.* (m) *Pos.* 31. (n) *Pos.* 32.

(3) *Adde Noodt de usufr.* lib. 2. cap. 4. *& Hein. in not. ad Vinn. ad* h. t. n. 2.

(4) *Hanc sententiam pluribus defendit Auctor parte* 2. *Digress.* lib. 2. Cap. 18. *Probabilius tamen olim per solennem in jure cessionem amissum fuisse usumfructum, licet jure novo id non obtineat: uti latius hoc explicat Gerard. Noodt de usufr.* lib. 2. Cap. 10.

* Jure Saxon. & mobilium & immobilium Ususfructus amittitur non-usu ann. 31. 6. sept. & 3. d. Richter. *dec.* 21. *n.* 57. Carpz. *L.* 2. *Resp.* 36. *n.* 3. *seqq.*

Digitized by Google

mævum ususfructus non transfertur, sed penes venditorem manet, *d. l.* 12. §. 2. *& l.* 38. ex cujus persona quoque finietur, *arg. l.* 54. *de R. J.* adeo ut facultas percipiendi fructus magis quam ususfructus ipse vendi videatur, *l.* 66. *in f. de jur. dot.* atque talis venditio potest etiam cessio vocari. *l.* 57. *Sol. matrim.*

9. (o) Sequuntur modi reales, quorum primum esse diximus, interitum. Nam cum ususfructus sit qualitas Rei, *d. §. pen. in fin.* necesse est, eum perire interitu rei totali; In proprietate habemus regulam; Quicquid superest e re nostra, id manet nostrum & vindicari potest, *l.* 49. §. 1. *de R. V.* sed ususfructus fragilior est recipitque distinctionem, quæ hæc est; Si pars sit ejusdem nominis cum re tota, parte pereunte, manet ususfructus in reliquo, sicut in agri parte superstite contingit. Si vero pars quæ superest idem nomen tueri nequeat, ut area post domum exustam, ne quidem in area ipsa manet ususfructus in *l.* 5. §. 2. *usque l.* 13. *Quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Idem accidit mutatione, per quam res desiit esse quod fuit nomenque suum amisit, ut latissime explicatur in *d. l.* 5. §. 2. *& seqq.* Hinc ædibus, inquam, exustis, areæ ususfr. non debetur, neque enim area domus est. *hoc §. pen. d. l.* 5. §. 2. Perit etiam ususfr. re mutata, sicut in areæ ususfr. domo ei imposita, quia desiit area esse. *l.* 5. §. *f.* Idem si ex agro stagnum vel e stagno fiat ager. *l.* 10. §. 2. *&* 3. *eod.* Imo si ex silva fiat arvum, non tamen si ex vinea arvum vel pascuum. §. 4. *d. l.* 10. Massæ ususfr. perit, vasis inde factis, §. 5. *d. l.* 10. quod secus in dominio, §. 25. *inst. de R. D.* multo magis, nave dissoluta refectaque, licet ex iisdem tabulis. §. 7. *d. l.* 10. Imo quadrigæ ususfr. uno pereunte equo, extinguitur. §. *ult. d. l.* 10. Si ex balneo testator habitationem, ex taberna diætam fecerit, ususfr. antea legatus interit, quia habitatio non est balneum nec diæta taberna. *l.* 12. *pr. d. t. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Quin & histrionis servi ususfr. perit, si testator nomenclatorem fecerit, quia, etsi adhuc servus sit, histrio tamen esse desiit, *d. l.* 12. §. *ult.* quarum rerum quam late pateat consequentia, non est obscurum.

10. (p) *Quintus* finiendi ususfr. modus traditur in hoc §. *pen.* Consolidatio, quæ vocatur, quando Usufructuarius proprietatem rei adquirit, quia in re propria nemo usumfr. ut nec aliam servitutem habere potest. *l.* 5. *si ususfr. pet.* Semel autem confusus cum proprietate ususfructus non reviviscit, etsi proprietas iterum recedat, qua de re notabilis species est in *l.* 17. *Quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* Tibi ususfr. fundi pure legatus est, Titio proprietas sub conditione; qua pendente, proprietas ad te pervenit & sic consolidatio facta est: dein existit conditio, per quam Titius proprietatem cedere debet; quia autem tu usumfructum consolidatione amisisti, jam frustra eum retinere laboras, dudum quippe extinctum, sed fundus in solidum Titio cedit, cui legata erat nuda proprietas. Haud alienum inde est, quod in *l.* 26. *de leg.* 2. legimus; Testator servum, in quo nudam proprietatem habebat, tibi legat, usufructuarium heredem instituit; tu servum recte in solidum petis, nec usumfructum heres retinere potest: an quia heres, proprietate jure heredis quæsita, usumfr. amisit, ut vult Balduinus *ad hunc* §.? Non videtur, quia legatario, non heredi, immediate proprietas quæsita est. *l.* 64. *in f. de Furt.* Potius quia testator servum legans dominium plenum legavit, quod heres, cum possit, præstare debet, quia si alienus fuisset servus, idem debuisset. §. 4. *I. de Leg.* Cæterum, si consolidatio semel facta rescindatur, ususfructus reviviscit, ut exemplo querelæ inofficiosi declaratur, in *l.* 57. *de Usufr.* similemque casum vide *l.* 35. *de hon. libert.*

11. (q) Quia autem proprietatis & ususfructus conjunctio naturalis est, ac ratio jubet, ut suo res quæque domino emolumentum ferat, ultro consequitur, quoties finitus fuerit ususfructus, eum reverti ad proprietatem; scilicet si *totus* finiatur, ut ἐμφατικῶς additur in §. *ult. h. t.* Nam pro parte finitus, ut observant hic interpretes, accrescit ei, qui alteram habet partem: quod tu cave simpliciter intelligas, nec enim usum habet, nisi cum pluribus ejusdem rei ususfructus conjunctim legatus est. Nam partibus separatis, jus Accrescendi cessat; quemadmodum in omni quoque usufr. inter vivos constituto, quia Accrescendi jus non nisi in ultimis voluntatibus locum habere potest. Sed de hoc jure alibi locus erit dicendi.



(o) *Pos.* 33. *&* 34. (p) *Pos.* 35. (q) *Pos.* 36.

TIT.

Digitized by Google

TIT. V.

De Usu & Habitatione.

I. Usus definitio & ab usufr. differentia; item, an hic sine usu esse queat. II. Reliquæ differentiæ inter usum & usumfr. III. Quid Juris sit in usu fundi pecudum vel ædium. IV. De operis servorum. V. De usu aliarum rerum. VI. De Habitatione.

(a) SEcunda personalis servitus est Usus, quem finire licet, jus alienis rebus modice utendi, salva earum substantia. Differunt enim quantitate emolumenti. Nam usussfructus omne commodum, quod ullo modo ex re percipitur, continet; usus nihil quam quod necessitas vitæ & quotidianus utentis victus exigit. *l.* 12. §. 1. *h.t.* Grecæ usus dicitur χρῆσις, *l.* 10. §. 1. *h. t.* qua voce aliquando & fructus significatur. Curius ad Ciceronem *l.* 7. *Epist.* 29. *Sum enim χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ* Attici *nostri*, quod interpretatur, *Ergo fructus est tuus, mancipium* (proprietas) *illius*. Giphanius *ad princ. de usufr.* nulla lingua satis diserte usumfr. reddi posse existimat; nam Germanicum *Niessung*, generale est, neque Belgicum *Lyftocht*, quod usitatum & a Grotio usurpatur, satis clare usumfructum ab Usu distinguit. Græcum tamen ἀπόλαυσις efficacius est quam χρῆσις, sed in hoc sensu JCtis minus usitatum; unde Theophilus suo more οὖσον & οὐσουφρουκτον dicere mavult. Belgæ examussim reddunt, *Vrucht gebruik*. Ut igitur vocabulum *Ususfructus* ex usu & fructu componitur, ita re ipsa hæc servitus utrumque continet, non formaliter, sed quia usufructuarius procul dubio & hoc, quod is qui usum habet, percipere potest. Ne autem duplex servitus usus & Fructus contineri videatur, sciendum, nihil interesse, Fructum an Usumfructum dicamus, *l.* 14. §. 1. *h. t.* ubi etiam Fructui Usus inesse dicitur, & quidem, *Fructus sine usu esse non potest*, ait *ibidem* Ulpianus. Atqui idem in *l.* 5. §. 2. *Usufr. quemadm. cav.* diserte *Fructum sine usu* obtingere posse scribit. Est autem ita: cum Testator proprietatem fundi penes heredem relinquens Usumfr. Titio legat, tunc unam facit servitutem, cui etiam usus inest, non ut distincta servitus, sed per consequentiam; quia is, cui plus datur, etiam habet quod minus est: proinde ususfructus simpliciter constitutus naturaliter sine usu esse nequit, non magis quam ut is, cui omne lucrum cedit, modicum non habeat. Ideoque, si usufructu legato, usus adimatur, nihil est ademptum, *d. l.* 14. §. 1. quia quod legatum non est adimi nequit; at Usus velut propria servitus legatus non fuit. Verum, si ab initio & nominatim testator dicat, se Usum dare Titio, Fructum Cajo, tum nihil obstat, quo minus ille nudum usum pro necessitate, alter reliquum percipiat emolumentum, heredi nuda proprietate relicta, quod est in *l.* 14. §. *ult.* Eodem plane modo diximus *supra tit.* 3. *n.* 3. Actum simpliciter constitutum, absque itinere esse non posse, verum si ab initio ita expresse caveatur, nihil obstare separationi (1).

2. (b) Ex eo, quod usus necessitati duntaxat inservit, * aliud discrimen ab usufr. nasci videtur, de quo Paulus in *l.* 19. *h. t. Usus pars legari non potest, nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*. Servitutes Reales sunt individuæ, quia pro parte earum usus institui nequit. *l.* 17. *de Servit.* Ususfructus divisionem recipere intelligitur, *l.* 5. *de usuf.* ratione fructuum, qui percipiuntur. Sed cum in Usu quoque ejusmodi res percipiantur, quæ dividi possunt, cur non & usus æquæ dividuus habeatur? Dicendum, quia usus nihil tribuit quam necessitatem victus: cujusmodi necessitas, quia pro parte nemo vivere potest, imminui vel in partes secari nequit. (c) Præterea, ususfructus in alium non modo per locationem, sed & venditionem, aut donationem transferri potest, Usus nullo modo, §. 1. *h. t.* quia translatio in alium excedit modum necessitatis. Adhuc aliam inter Usum & Fructum differentiam tradit Giphanius ad §. 1. *h. t.* quod Fructuarius cautionem præstet. Usuarius non præstat, *argum. tit. Usufr. quemad. cav.* Sed incogitanter Giphanium solius Rubricæ argumento usum esse, indicat *l.* 5. §. 1. *l. pen. eod. tit.* quæ de nudo etiam usu cavendum esse, diserte docent: scilicet, Usuarium ultra quam necessitas requirat, non usurum.

3. (d) Porro, ut natura Usus exacte cognoscatur,

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. 5. 6.

(1) *Confer pro intellectu* l. 14. §. 1. *de usu & habit*: *Aull. parte* 2. *digress.* lib. 2. cap. 16. *& Noodt de usufr.* lib. 2. cap. 1.

* Ita in Saxonia Parochis usus, non ususfructus, competit in denen *Pfarr. Heilbern.* Art. Gen. 31. Ref. Gr. de A. 56 1. von Consist. S. gr. 28.

scatur, videndum per genera rerum quid ad usuarium pertineat. Neque enim in omnibus rebus eadem ab usufructu differentia apparet. usuarius fundi nihil habet ulterius, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur, §.1. *h.t.* secundum Nervæ sententiam, dein emendatam a Sabino, Cassio, Labeone, Proculo, qui auctores fuerunt; usuario quoque de foliis, oleo, frumento, frugibus, quod ad victum sibi suisque sufficiat, concedere. *l.* 12. §. 1. *h.t.* De pecudibus in §.4. *h.t.* traditur, usuarium neque lacte neque lana usurum, verum stercore solo ad agrum stercorandum; At hæc quoque Labeonis opinio, ut nimis putida, displicuit Ulpiano, qui etiam modicum lac usuario tribuendum putat *d. l.*12. §.2. Ideo diximus in *Positione* 5. liberalius *deinde* cautum esse, de quo Scholiastes noster ita observat.

SCHOLIUM.

Obscurior est hæc locutio & facile quis inde putare posset, mentem Auctoris esse, jus vetus contineri in Institutionibus, novum in Pandectis, cum tamen Institutiones ex Pandectis sint collectæ.

RESPONSIO.

Scholiastes ipse respondet, cum lectori monstrat hunc locum in Prælect. ubi mox ita scriptum est: Sed hoc ampliandum ex l.12. §.1. & 2. ff. h.t. *modo id observetur, in ipsa* l. 12. *diversi temporis jura memorari: adeoque τὸ deinde ibi recte etiam retineri.* Pergamus igitur.

Hoc inquam ampliandum ex *l.*12. §.1. *ff.h.t.* ut ex omnibus, quæ in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumere possit usuarius; atque etiam habitare in villa potest, *quatenus domino fundi molestus non sit.* Atqui in *l.* 10. §. *ult. h.t.* habetur, usuarium (si nempe plenus prædii usus cum villa & prætorio relictus sit, *l.* 12. *pr. h. t.*) prohibere posse dominum venire in fundum, scil. habitandi causa, non quominus ad fructus colligendos ibi versetur, *l.*15.§.1.*h.t.* quin & habitare tantisper potest, *d. l.* 12. *in pr.* Ex fundo igitur qui usumfr. habet, longe plus percipit, quam qui solum usum. (e) In ædibus non est tantum discrimen, nam præter habitationem quæ usuario debetur vix est ut alii reditus e domo proveniant, quin & sæpe usus ædium excedere videtur necessitatem: Si enim tam *angustus* sit, id est, tam parvæ familiæ vel tam parvo contentus, ut pars minima domus ei sufficiat, proprietario tamen nihil cedere cogitur, sed vel mutabit aliquando diætas, *l.* 22. §. 1. vel locabit reliquas partes, & tum quoque mercedem percipere potest, si, inquam, ipse partem inhabitet. *l.* 2. §. 1. & *l.* 4. *pr. h. t.* Totum enim usum, nec pretio, nec gratis, ut modo diximus, transferre potest; quominus autem hospites & familiam licet magnam recipere liceat, hodie quidem non dubitatur. *d. l.* 2. §. 1. *h.*

4. (f) Minus adhuc discriminis in servi operis animadvertitur, utrum qui has habet usuarius an fructuarius sit. Nam in *l.*4.*ff.de oper.serv.* *Fructus hominis*, ait Gajus, *in operis consistit, & retro in fructu hominis operæ sunt.* Contra Terentius Clemens in *l. seq. Operis servi legatis, usum datum intelligi & ego didici & Julianus existimat.* Imo *operis servi legatis, neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur*, scribit Paulus in *l.* 1. §. 9. *ad L. Falcid.* Satis perplexe. Dixerim ita; Accurate loquendo, Operæ jus medium sunt inter usum & fructum, plus enim quam usus continent, quia ex eo ultra necessitatem lucrum etiam oritur; minus quam Fructus, quia non omne lucrum, sed quod ex operis provenit duntaxat tribuit. Ergo proprie *in operis servi legatis nec usus neque fructus est*, ut habet *d. l.* 1. §. 9. Tamen quia res tanti non est ut distincta species constituatur & proxime ad naturam utriusque accedit, idcirco operæ Fructus esse videntur, quia plus sunt quam usus. *d. l.* 4. Rursus videntur usus esse, quia minus, quam ususfructus sunt, *l. seq.* Atque ita proprie nec usus nec fructus, improprie vero utrumque appellari possunt. Id vero peculiare ab utroque habent operæ, quod nec capitis diminutione, neque non utendo, nec denique morte ejus, cui relictæ sunt, sed morte vel usucapione servi finiantur. *l.*2 *de us. & usufr. leg.* Idem est in jumento, ait Imperator *in fin.* §. 3. Sed pecudum usu plusculum comprehenditur, ut diximus.

5. (g) Sunt etiam res in quibus nullum discrimen, usum an usumfructum statuas, reperitur, cujusmodi res est pecunia omnesque res quæ fungibiles vocantur. *l.*5. §.*ult.* & *l.* 10. *ff.de usufr. ear. rer.* Sed quod idem in usu silvæ legato vult esse recipiendum Hadrianus *in l.*22. *h. t.* fateor, quam habeat rationem, me non intelligere. Nam quod Cæsar ait, *nisi liceret legatariis cædere silvam & vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.* Quid enim, nonne ad usum sui foci, vinearum aliatve necessitates, uti potest lignis & stipitibus,

(e) *Pos.* 7. (f) *Pos.* 9. 10. (g) *Pos.* 8.

Digitized by Google

bus, ut tamen inde multum in alios quoque distrahi posset? Plane silvas tam modicas dari posse, quæ hoc discrimen non recipiunt, intelligimus: & de talibus igitur ille textus accipiatur.

6. (h) Præterea subtilitate Jurisperitorum accidit ut habitatio distincta servitus haberetur, licet in effectu parum ab usu & minus adhuc hodie ab usufructu differat. Usum excedit, quia cui habitatio debetur, is totam domum locare, aut consequenter gratis concedere potest. §. 5. *h. l.* 13. *C. de usufr.* Verum ita coincidit cum usufructu ædium, quo quid magis continetur, quam ut domum inhabitare aut locare liceat?

S c h o l i u m.

In eo tamen puto esse differentiam, quod si conditorium mercium sit junctum ædibus, een Pakhuys, *illo uti possit usufructuarius, non ille, cui habitatio relicta est.*

R e s p o n s i o.

Cum habitatio contineat jus locandi domum totam, non video, si taberna vel horreum pars ædium sit, quin simul eam partem locare liceat habitationis legatario. Si pars ædium non est, ne fructuario quidem plus juris erit.

N. A d d i t.

Potius invertimus: si ipse, qui jus habitationis habet, non potest uti conditorio mercium, nec potest locare, nec enim potest plus in alium transferre, quam ipse habet. Quod vero non possit uti taberna mercatoria, (een Koopmans Pakhuys) *inde patet, quia habitatio saltem relicta est, i. e. domus ad habitandum, non ad exercendum mercaturam. Ad Autoris objectionem respondemus, in allegatis textibus nusquam dici, quod habeat jus locandi totam domum, sed saltem dicitur, quod habeat jus locandi habitationem. At domus vocabulum plura comprehendit, quam habitationem.*

Hactenus sane juris acumine ab Usu & a Fructu differt Habitatio, quod neque capitis diminutione neque non utendo finiatur, *l.* 10. *h.t.* prout modo de Servorum operis est dictum. Ratio redditur in fine *l. pen. ff. de cap. minut.* quia tale legatum in facto potius habitandi quam in jure consistit; adeoque res est quasi *meræ facultatis*, cui præscribi nequit, ut Dd. volunt; & qui capite minutus est, jura quidem amittit, statu mutato, sed ad factum habitandi perinde ac alius sufficere existimatur. Animadverti ex his potest, in quibusdam rebus usum & usumfr. parum aut nihil discrepare, in aliis, ut fundo & pecudibus, discrimen quidem perspicuum notari, sed cujus termini sint valde lubrici & instabiles. Fieri enim vix potest, quin inter eum qui Usum ad necessitatem & qui reliquum habet lucrum, non continuæ oriantur difficultates, de modo necessitatis & qualitate fructuum quibus indigeat Usuarius: præsertim si hic in prædio habitet & fructuarius in eodem versetur. Quare usum & habitationem in populari praxi haud frequenter ab usufructu distingui existimem. Plerumque Res simpliciter concedi videmus *tot lyfstonde*, qua voce Usumfructum intelligi, nemo, ni fallor, dubitat. Ideoque parum abest, quin Usus non multum habere videatur usus.

T I T. VI.

De Usucapionibus & longi temporis præscriptionibus.

I. Continuatio. II. Definitio usucapionis, ejusque justitia defensa. III. De usucapione antiqua IV. Differentia a præscriptione. V. Requisita usucapionis in summa. VI. De primo & secundo specialiter, sive de tempore & bona fide. VII. Tertium de titulo justo. VIII. De re habili atque inhabili ad usucapiendum. IX. Quintum continuæ possessionis. X. De re aliena a fisco vendita.

(a) MOdi, quibus hucusque dominia rerum & servitutes adquiri didicimus, ex Jure Communi & Gentium oriri creduntur. In transcursu de superficie & de Servitute, quæ sunt duo jura in Re, est actum.

S c h o l i u m.

Sed ubi? Videtur respicere ad ea, quæ dixit tit. de R. D. ad §. 30. pos. 74. *Sed ibi magis de jure soli, quam de jure superficiei disseruit. De superficie porro itatene; sive per illam Autor intelligat jus soli, de quo dixit supra ad* d. polit. 74. & seqq. *sane illud spectat ad dominium rerum corporalium; sive intelligat illud jus superficiei, de quo agitur in* ff. tit. de Superfic. *& hoc spectat ad dominium rerum corporalium, sed utile.* vid. Struv. Ex. 44. th. 25.

R e s p o n s i o.

Tam de jure superficiarii, quam de eo quod soli

(h) *Pos.* 11. *& seqq.*

(a) *Pos.* 1. 2.

Digitized by Google

soli dominus habet, d. loco *satis diserte, ni fallor, actum est, quanquam in Pandectis locus de* Superficie *proprius occurrit. Quod scholiastes superficiem sub dominio comprehendendam putat, de eo superius satis responsum existimo* ad posit. 28. de R. D. *de utili dominio satis etiam* posit. 34. *disseruimus*.

N. Addit.

De jure quidem superficiarii parum aut nihil ibi agitur. Est enim superficiarius, qui in area aliena cum consensu domini ita ædificavit, ut ipse sit Dominus superficiei, alter vero maneat Dominus soli. Supra vero actum fuit de iis, qui in alieno solo inscio vel invito domino ædificant. Porro quod dicit, se supra ad posit. 28. *respondisse assertioni, quod superficiem hic referam ad dominium, forte sensum haberet, si eam retulissem ad dominium late dictum, ut pote de quo supra illo loco disputatum fuit. Nunc cum diserte addam in scholio, superficiem pertinere ad dominium corporalium rerum, nihil in allegato loco deprehendes quod hanc meam assertionem saltem impugnet, cujus veritas insuper sensu quasi communi percipitur. Nam uti solum est res corporalis, ita etiam superficies. Quod autem ultimo loco de dominio utili, provocat* ad posit. 34. de R. D. *nec ibi quicquam reperitur, quod thesin nostram feriat. Primo sugillat ibi denominationem dominii directi & utilis, quia scilicet in jure dicatur quidem actio directa & utilis, sed hi termini tamen non prædicentur de causis actionum. In verbis simus faciles, modo in re conveniamus. Si quid valeret obiectio Autoris, valeret etiam contra JCtum, quisquis sit, qui primus terminum actionis directæ & utilis invenit. Ratio denominandi non inepta est. Dominus utilis est qui quotidianas utilitates ex re percipit; directus qui Dominus soli est & a cujus voluntate ius dominii utilis quasi dependet. Concedamus Autori tamen, non esse nugas, cum de re conveniat, vituperare verba: concedamus terminum dominii utilis solœcum esse: sufficit quod, ut ipse rursus concedit, in foro solœcismos tales anxie fugiendos esse nemo prudens dixerit. Rem ipsam vero quod concernit, etsi emphyteutam ibi negat esse Dominum. sufficit tamen: quod leges ab ipso adductæ ex Codice, contrarium statuant, ex quibus ad leges pro se allatas facile responderi potest, si distinguas inter dominium soli & superficiei vel emphyteuseos.*

Nunc transit Cæsar ad modos adquirendi Juris Civilis proprios, quos vel particulares dicere solemus vel universales. Particulares præcipue tres noscuntur, Usucapio, Donatio & Legatum; denique, si hoc addere lubet, Fideicommissum singulare, quod vix hodie a Legato differt. Etsi vero apud alias Gentes eædem adquirendi species frequententur; quando nulli sunt populi in quibus non donetur, aut legetur, vel præscriptiones fiant, tamen quia momentum harum adquisitionum non a facto hominis sed immediate a lege pendet, quæ cujusque civitatis propria & pure civilis est, idcirco hos modos adquirendi mere civiles appellamus.

2. (b) Quos inter primo occurrit Usucapio, quæ definitur a Modestino in *l.* 3. *de usurp. & Usucap.* quod sit, *Adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*. Dicitur *Adjectio* potius quam *Adeptio*, quia hæc magis factum hominis, illa vox vim legis dominium insciis nobis ipso jure adjicientis, significat. Reliqua verba indicant, Usucapionem esse tamen modum quo res aliena fit nostra, ex eo quod tamdiu a nobis possessa fuerit, ut lex inde præsumat verum dominum aut non extare amplius, aut rem pro derelicta haberi; cui accedit summa ratio, quod generis humani & publicæ quietis maxime intersit litium prætextus aliquo tempore finiri. Legis enim officium est possessoribus rerum præstare securitatem & finem, (ait Cicero *pro Cæcin.*) *sollicitudinis ac periculi litium*, quam certitudinem ipse eleganter *usucapionem* vocat. Et quidem præsumptam derelictionem vel negligentiam domini plerumque revera intervenire probabile est, quia vix fieri potest, quin longo tempore res ad nos pertinens aliqua via ad notitiam nostram perveniat. Atqui tunc simplicissima æquitas naturæ usucapioni suffragatur; quod si gravissimis causis impeditus sit, quo minus scire potuerit ubi sua res mobilis foret aut quominus im mobilem vindicaret; restitutionem in integrum impetrare posse videtur ex clausula Prætoris in Edicto, quod extat in *l.* 1. §. 1. *Ex quib. caus. major. l.* 2. *& l.* 4. *C. Quib. non objic. longi temp. præscr.* (1) Imo Justinianus in *Nov.* 119. *c.* 7. statuit usucapionem rei, in qua semel mala fides perpetrata est, adversus ignorantem dominum non procedere: sed hunc sola

(b) *Pos.* 3. 4.

(1) *Modo impeditus fuerit ex causa absentiæ, nam ad solas absentiæ causas pertinere clausulam* Edicti *Prætorii* in l. 1. §. 1. ex quib. caus. maj. *verius est. Quo pertinent etiam inserta ab Auctore addendi.*

Digitized by Google

la præscriptione longissimi temporis excludi; ex quo intelligimus nullam superesse causam quare usucapio rationi aut æquitati inimica vel repugnans, ut Amesio 5. *de Conscient. cap.* 41. visum, sit statuenda: multo minus impium præsidium appellanda, quod in *Nov.*9. fieri videtur; tametsi non temere Constitutio illa, quæ in Græco non extat, pro spuria habeatur. Vid. Duar. *Comm. ult. ad h. t. c.* 1. Plura Grotius 2. *de J. B. & P. cap.* 4.

3. Erat autem usucapio modus olim proprius civium Romanorum: Peregrinos enim jure adquirendi legitimo, quod per cessionem, mancipationem, usucapionem, hereditatem exercebatur, caruisse nota res est. Nominatim de usucapione in hunc sensum omnes adhuc ea verba intellexere quæ ex XII. Tabulis supersunt; *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, ubi per hostem Cicero 1. *off.* Sextus Pompejus, & Macrobius 1. *Saturn.* 16. peregrinum monent intelligendum, juxta ac Varro docet 4. *de L. L.* peregrinum qui suis legibus uteretur olim *hostem* nominatum; quam interpretationem omnes eruditi sine scrupulo sunt secuti, ante Virum Cl. A. B. Van *Tienen*, qui in disputatione *ad tit. Inst. de R. D.* putat, *& Macrobium & Pompejum, atque ipsum etiam Ciceronem errasse*, adeoque hostem in XII. Tabulis nihil significare quam adversarium. Mihi vero nulla adhuc causa, cur veteribus in linguæ suæ intellectu fides hac parte neganda sit, justa satis videtur. Per usucapionem igitur cives Romani Dominium Quiritarium consequebantur, rerum quidem tam mancipi quam nec mancipi, ut docet Ulp. *tit.* 19. §. 8. non tamen prædiorum provincialium, sed in illis recepta erat præscriptio decem annorum inter præsentes, 20. inter absentes; cum usucapio in mobilibus anni, in immobilibus biennii spatio absolveretur; *Lex*, ait Tullius *pro C ec. jubet in usum & auctoritatem fundi esse biennium*, quod a pari *ad domos* trahit *in Topicis*. Id quod Justinianus merito abrogavit in *l. un. C. de Usucap. transform.* miseros appellans dominos, *qui absentes & nescientes tam angusto tempore suis cadebant possessionibus*. Nam ad stabiliendam præsumptionem negligentiæ vel derelictionis, tam exigui temporis spatium minime valebat. Naturaliter id certum est, lapsum temporis immemorialis quasi infinitum esse, & proinde talem sine exceptione ad ejusmodi præsumptionem sufficere. Obliterandæ autem memoriæ quot anni requirantur, in universum difficulter constitui potest. Sane cum viva hominum recordatio, non literis propagata intelligatur, dubium non est, quin centum anni abunde sint, quæ est maxima, sed extraordinaria, in jure civili præscriptio, *l.* 24. *& Auth. seq. C. de SS. Eccles.* Quin nec improbabile visum, quot annis generationes hominum circumaguntur, totidem memoriam hominum absolvi; At ab omni antiquitate γενεὰς, generationes tertia sæculi parte definitas fuisse constat; quod spatium moribus quarundam gentium hodieque in longissima præscriptione receptum est, ut in Hollandia, teste Grotio *l.* 2. *Jur. Holl. c.* 7. *n.* 34. ubi, *een derdendeel van hondert jaaren.* Adde. L. Goris 5. *advers. miscell.* 9. neque abludit inde Jus Romanum, cui maxima præscriptio ordinaria, qua omnes Juris prætextus omnesque lites terminantur, placuit annorum (quia rotundus numerus expeditior videbatur) *triginta*, *l.* 3. *l.* 4. *& l.* 7. §. 1. *C. de Præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Quadraginta enim & quinquaginta anni certis duntaxat casibus desiderantur, *d. l.* 4. & 7. §. 1. *l. ult. C. de Aleator.*

4. (c) Sed in Rubrica hujus tit. ab Usucapione distinguitur longi temporis præscriptio, ut etiam distinguuntur in *l.*54. *de Evict.* Præscriptio fuit olim accomodata rebus, ut dixi, quæ usucapi non poterant, ut sunt prædia provincialia, quorum non erat dominium nisi *bonitarium*: Sed usucapio erat modus adquirendi jure Quiritium, unde *Quiritarium* dominium *l. un. C. de usucap. transform.* Præscriptio non tam dominium transferebat quam exceptionem a temporis lapsu suppeditabat, ut *infra ad tit. de perpet. & temp. act. & de Except.* docebitur. Justinianus præscriptionem longi temporis & usucapionem, quod attinet ad res immobiles, confudit ac inter se miscuit, atque ex utraque fecit unam *usucapionem*, quæ nunc etiam est rerum Provincialium & durat longum tempus, cum olim biennalis esset; adeo ut heic longi temporis fiat mentio præscriptionis, ut Lector vim ejus in hoc quoque titulo contineri præsumeret.

Hodieque itaque duplex Usucapio est, mobilium rerum vel immobilium. Res mobiles usucapiuntur triennio, Immobilia, ubicunque sita, longo tempore, id est, 10. annis inter præ-

(c) *Pos.* 5.

Digitized by Google

præsentes. 20. inter abſentes. * Idcirco termini adhuc diverſi ſunt; Uſucapio atque Præſcriptio. Illa enim non niſi rerum corporalium, hæc etiam incorporalium & actionum eſt; illa tribus, 10. vel 20. hæc pluribus vel paucioribus annis conſtat. Sed diſcrimen inter prædia Italica & provincialia, uti & omnis differentia effectus ſublata eſt; ſiquidem ex præſcriptione dominium hodie perinde plenum atque ex uſucapione transfertur, *l. un C. de uſucap. transform. l. un. C. de nudo jure Quir. toll.*

5. (d) Verum ut uſucapio, quantum fieri poteſt, ad regulas Juſtitiæ ordinetur, ſciendum, præter legitimum temporis lapſum, quod eſt *primum* requiſitum, *ſecundo* adeſſe debere bonam fidem, id eſt, opinionem, qua poſſeſſor ſe dominum eſſe credit, *pr. h. t. l.*109. *de V. S. Tertio*, Juſtum titulum ſive cauſam habilem ad transferendum alioqui dominium, *d. pr. l.* 1. 2. *& ſeqq. ff. de Publ. in rem act.* de quibus vide Rubricas *ff. pro ſoluto*, *pro emptore*, *pro herede*, *pro donato*, *pro derelicto*, *pro dote*, *pro ſuo*. *Quarto*, Rem oportet eſſe uſucapionis capacem, quales non ſunt quæ enumerantur in §. 1. 2. & 9. *h. t. Quinto*, & præcipue neceſſaria eſt poſſeſſio continua non interrupta, §. *diutina* 12. *hic*, *l.* 2. *de uſurp. & Uſucap.*

6. (e) Secundum ordinem autem horum requiſitorum, tractatus *hujus tituli in Inſtitutionibus* abſolvitur. De *tempore* enim tam quod olim, quam quod eſt hodie, agitur *in princ.* deque eo ſatis eſt dictum. Civiliter autem computatur, (*vide l.*134.*ff. de V. S.*) non tamen, ut annus cœptus pro impleto habeatur, quemadmodum in honoribus, *l.* 8. *de muner. & honor.* ſed ut diem poſtremum ultimi anni ſufficiat inchoatum eſſe, *l.6. de uſurp. & uſuc.* quanquam in præſcribendis actionibus naturaliter, id eſt exactis omnibus horis & momentis computatio fiat. *l.6. de O. & A.* In eodem *pr.* eſt alterum, nempe *bonæ fidei* requiſitum, ut poſſeſſor ignoret rem eſſe alienam. Etenim nihil eſt aliud B. fides, quam opinio qua quis credit ſe eſſe dominum rei poſſeſſæ, ſive, ut Canones, *Illeſa rei alienæ conſcientia*, *c. ult. X. de Præſcript.* ita ut *ignorare* ſufficiat *rem eſſe alienam*, *l.*109. *ff. de V. S.* de quo dix. In dubio autem potius eſt ut bona fides præſumatur, etiamſi emptor in caſum, ſi res ab alio evincatur, quaſi ſpreta auctoritate tradentis, diligenter ſibi caverit. *l. pen. C. de Evict.* Schneidew. *ad pr. h. t. n.*21. Cui conſequens eſt, eum qui ſuſpicione de alterius dominio oborta dubitare cœpit, non ſtatim bonam fidem exuere, ſed tum demum, ubi vel jus ejus ſatis exploravit, vel cauſa in judicium deducta eſt. *l.*10. *C. de Adquir. & ret. poſſ.* Verum cujus opinio juris errore fundata eſt, is, etſi dolo careat & quod ad fructus pro bonæ fidei poſſeſſore habeatur, *l.* 25. §.6. *de Hered. pet.* in uſucapione tamen, quæ merito ſtrictæ interpretationis eſt, nequaquam pari effectu gaudet, *l.*31. *pr. & l.*32. §.1. *ff. de uſurp. & uſuc.* ideoque nihil verat juris errorem ad malam fidem referri; tametſi non intercedo, quominus eum, ſi placet, ad defectum tituli referas juſti, ut vult Scholiaſtes noſter ad *poſit.* 8. *h. t.*

N. Addit.

Ego vero intercedo ne juris error ad malam fidem referatur, etſi non gaudeat effectu bonæ fidei. Rationem dedi jam in eodem Scholio ab Autore ſuppreſſo, quia obſtat huic ſententiæ §. 5. Inſt. de uſuc. *verbis*: furtum enim &c. *Ad quam nihil hic reſpondet Autor.* **

(f) Cæterum, bonam fidem ſufficit ab initio adeſſe; nam mala fides ſuperveniens non interrumpit uſucapionem ſemel bona fide cœptam, *l.*48. §.1. *de A. R. D. l. un. C. de uſuc. transf.* tametſi in fructibus adquirendis contra obtineat. *d. l.* 48. §. 1. ſcilicet uſucapio ad jus pertinere exiſtimatur, fructuum perceptio magis eſt facti, ubi quælibet temporis momenta ſpectantur: ſed jus Pontificium vult malam fidem quocumque tempore ſupervenientem impedire uſucapientem vel præſcribentem, *cap. fin. extr. de præſcript.* & malæ fidei poſſeſſorem nullius etſi immemorialis temporis præſcriptione muniri, aut dominum Pontifices fieri permittunt. *c.* 2. *de R. J. in* 6. *d. cap fin. de præſcript.* Cæterum, in uſucapiendis hominibus ſpecialiter jure civili placuit bonam fidem

(d) *Poſ.* 6. (e) *Poſ.* 7. 8. (f) *Poſ.* 9.

* Jure Saxonico anno 6. ſent. 3. diebus res mobiles, immobiles 31. ann. 6. ſent. & 3. dieb. præſcribuntur, *L. R. l.* 1. *art.* 28. 29. *L.* 2. *a.* 44. *Lehn. R. c.* 16. *j. P.* 2. *C. bl.* 3. *&* 4. Schilt. *ad ff. Ex.* 41. *th.* 50. *&* 54. Annus tamen in rei mobilis uſucapione, non niſi ſcienti domino currit, *d. art.* 28. Carpz. *ad d. C.* 3. *d.* 13. In immobilium autem præſcriptione ex tanto temporis lapſu bona fides præſumitur, uſque dum contrarium probetur, *P.* 2. *C. El.* 3. Carpzov. *ad d. C. d.* 7. 8.

** Scholium Thomaſianum hoc eſt: In allegato textu *l.* 11. *h.* non dicitur, hunc pro malæ fidei poſſeſſore haberi & obſtat etiam huic ſententiæ 5. §. 1. *h. t.* Ergo potius dicerem, eum, qui in jure errat, propter deficientiam titu non poſſe uſucapere.

Digitized by Google

dem requiri continuam. *l.* 4. §. 16. *& seqq. h. t. l. pen. ff. pro suo* (2).

7. (g) Tertium requisitum *tituli justi*, memoratur in *eod. princ.* scilicet talis per quem dominium alias transferri queat; nam ex quibus causis dominium præstatur, si transferens sit dominus, ex iisdem non dominus Usucapiendi conditionem tribuit, §. 5. *in fin. I. Per quas person. cuique adquir.* ut si quis in solutum acceperit emeritve rem, quæ, ut accipiens putabat, non erat venditoris aut debitoris; idem in donatione, si jure permissa sit: nam si vir uxori donaverit, ea res domina fit, quia ex prohibet, nec usucapio procedit. *l.* 1. §. 2. *ff. pro donato* nisi vir rem alienam uxori donarit; tunc enim quæ propriam mariti nullo modo adquirere poterat, temporis lapsu dominio alienæ rei, in qua vir liberalis fuit, potitur, *l.* 3. *d. t. & l.* 25. *de donat. int. Vir. & ux.* quia scilicet donatio ea tantum inter conjuges prohibita est, quæ donantem facit pauperiorem, qualis non est liberalitas ex alieno. *d. l.* 25. Sed quæ est ratio quod donatio mortis causa traditione a donatore vivo impleta, usucapionis effectum non præstet, ut habetur in *l.* 13. *pr. de m. c. donat.*? Quia dominium hoc a donatore semper revocari potest, *l.* 30. *eod.* ideo, si donatarius per usucapionem dominus sit factus, æque datur repetitio, quam si mox ab initio dominium adeptus esset, perinde atque de condictione indebiti scriptum est in *l.* 15. §. 1. *de cond. indeb.*

Jam id ultro liquet, contractum simulatum fictumque, ubi nihil agitur, pro nullo esse. *l.* 1. *C. Plus val. quod ag.* Sed ubi aliud pro alio simulatur, si is qui dissimulatur saltem habilis sit, eum sufficere ad effectum juris, ut cum venditio donandi animo celebratur. *l. ult. ff. pro donato*. Possessionem quoque oportet esse translatam ex ejusmodi titulo: Scriptum enim est, errorem falsæ causæ non parere usucapionem, §. 11. *h. t.* velut, si rem mihi commodatam postea oblivione putem mihi venditam vel donatam. Si tamen traditio facta sit ex errore falsæ causæ; ut si heres tradiderit mihi rem, putans legatam a defuncto, cum idem ego putarem, etsi nunquam legata fuerit, usucapio procedit, *l.* 3. *Pro suo l.* 48. *h. t.* quod etiam in reliquis titulis, excepta venditione, procedit: Nam in hac non sufficit tempore traditionis utrumque contrahentem putasse, quod venditio præcessit, verum & revera oportet eam esse celebratam, *d. l.* 48. *& l.* 2. *in pr. pro Emp.* nisi error valde probabilis sit, cujus exempla vid. in *l.* 11. *& l.* 13. §. 1. *ff. pro emp.* Ratio autem cur in venditione error traditioni cohærens minus quam in reliquis sit efficax, esse videtur, quod nimia foret inæqualitas, si opinio venditionis pro vera haberetur ubi nullum intervenisset pretium. At in cæteris cum mens tradentis non sit pretium accipere, etiam fraudari non videtur quod error ejus pro veritate habeatur, contra ac venditor, qui rem amittat pretio non accepto.

8. (h) De quarto requisito, *ut res sit Usucapionis capax*, prolixius agitur in §. 1. *& seqq. ff. h. t.* Incapacitas autem oritur vel ex natura rerum, vel privilegio, vel denique ex vitio illarum. Ob *naturam* suam primo usucapi nequeunt Res incorporales, ut servitutes, *l.* 43. §. 1. *de A. R. D.* item Res commercio exemptæ, ut sacræ, sanctæ, religiosæ, & liberi homines. §. 1. *h.* quia talia dominium plane non recipiunt nec titulus alienandi illis convenit. Ob *privilegium* usucapioni subtrahuntur primo, Res Fisci, quæ scilicet nunciatæ & adquisitæ sunt fisco. Nam bona vacantia, licet ad Fiscum spectent, ejus tamen non sunt nec jure fiscalium gaudent. §. 9. *h. t.* 18. *& l.* 24. §. 1. *h. t.* Fiscalibus, ut alias, ita hactenus comparantur Res Dominicæ, id est, principis patrimoniales, item res civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum aliarumque domuum miserabilium, de quibus in *tit. C. Ne rei dom. vel templ. l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv. & l.* 24. *C. de SS. Eccl. N.* 9. *N.* 111. *N.* 131. *c.* 6. Præterea res pupillorum, *l.* 3. *C. Quib. non objic. l. t. præscr.* quibus neque longissimi temporis præscriptio currit. *l.* 3. *c. de præscr.* 30. *v.* 40. *ann.* Porro nec Res minorum usucapionem recipiunt. *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest.* Nec bona adventitia filiorumfam. *l.* 1. §. 2. *C. de Annal. except.* Neque res quas Præses provinciæ contra Legem Juliam comparavit, *l. pen. de L. Jul. repet.* denique res prohibitæ alienari lege vel testamento. *l.* 2. *C. de usuc. pro empt. &* 16. *de fundo dot.*

(i) *Vitiosæ Res* sunt, Furtivæ atque vi possessæ, quas factum furis & invasoris tam odiose afficit, ut ne a tertio quidem & bonæ fidei

(g) *Pos.* 10. 11. (h) *Pos.* 12. 13.

(2) *Hoc speciale ex legibus ab Auctore citatis certe probari non potest, agunt enim de partu ancillæ furtivæ. Contrarium evincit* l. 44. §. 2. ff. h. t. *quid autem intersit in usucapione partus mater aliena fuerit an furtiva, disce ex* l. 44. §. 2. & l. 33. pr. h. t. *rationem differentiæ eleganter explicat Barth. Chesius de different. Jur. Cap.* 11. *ubi simul exponit* l. pen. pro suo.

fidei possessore usucapi queant, propter vitium rei inhærens quod possessorem quemvis comitatur. *l. 7. C. de usuc. Pro empt. l. 11. C. de Adquir. & ret. poss.* Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ait Imperator, §. 3. *h.* ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat, quia difficulter accidit ut res aliena mobilis sine justa causa in manus tertii, absque *furti vitio* perveniat. Posse tamen id fieri, duobus docet exemplis: uno, si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; tunc enim, quin is qui acceperit usucapere possit; dubium non est, quia heres furtum non commisit & qui accepit bonam fidem habuit. Utrum autem ipse heres tali casu usucapiendi jus habeat, non decidit Imperator, ideoque id alias examinandum. Alter casus est, si quis rem bona fide acceperit ab eo qui per juris errorem eam possidebat. Quanquam enim usucapio ipsi interdicta sit, a furto tamen procul abest. Ideoque vitium rei nullum ex ejus possessione inhæret. Exemplum refertur in partu ancillæ, quem fructuarius putabat suum esse erronee, cum fœtus hominis in fructu non sit, ut dictum supra in §. 37. *de R. D.* Proin ipse quidem usucapere eum prohibetur, sed emptori nihil obstat quominus usucapiat. Cæterum, longissimi temporis præscriptione etiam res furtivas hodie adquiri, docent *l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.*

(k) *Res* porro *vi possessæ* intelliguntur immobiles, quæ alias dicuntur invadi. §. 1. *in fin inst. de vi bon. rapt.* Atqui nec hæ usucapionem recipiunt, sed tantum longissimi temporis præscriptionem, *Auth. malæ fidei Cod. de præscript. long. temp.* quod si rem soli aliquis sine vi sit nactus, a Domino neglectam; hic quidem usucapere eam propter conscientiam prohibetur, sed nullum rei vitium, quod successorem comitetur, imprimit, quia nec possedit, nec furtum, quod non cadit nisi in rem mobilem, commisit; quæ omnia in *d.* §. 7. commemorantur. Porro quamdiu res ad usucapiendum inhabiles retinent hanc naturam, vitium, aut hoc privilegium, manent æque incapaces usucapionis. Et quidem incorporales, item sacræ & religiosæ res, vix ullam conditionis mutationem recipiunt; sed res dominicæ, fiscales, civitatum, pupillorum, minorum similesque ubi dominum mutaverint, usucapionem, ut quælibet aliæ, recipiunt. *l. 24. §. 1. ff. h. t.* Inter vitia quoque habetur, si quid Præsidi contra legem Juliam datum sit, *l. pen. de L. Jul. repet.* imo quælibet prohibitio alienandi lege vel testamento facta rem vitio afficit, ut ad usucapionem inepta fiat. *l. 2. C. de usuc. Pro empt. & l. 16. de Fund. dot.*

(l) Vitium autem rerum furtivarum & vi possessarum purgari dicitur, quam primum justa ratione in potestatem domini redierint: ideoque si tum denuo alienentur, usucapio procedit. §. 8. *h. t.* In Domini autem manus, non utique in ejus cui furtum est factum, reverti res debet. Ideo si creditori pignus sit surreptum, purgatio vitii non contingit per reditum pignoris in manus creditoris, sed potius debitoris, tanquam Domini. *l. 4. §. 6. h. t.* Nisi forte debitor ipse pignus surripuerit, tunc enim placet vitium purgari etiam ubi creditor rem recuperavit, juxta quam commode explicatur Paulus in *l. ult. ff. h. t.* sed an eo casu vitium perinde purgetur, si debitor ipse rem vendiderit, an vero ut furtivæ rei usucapio interdicta sit, merito dubites, propter *d. l. 4. §. 21. & l. 6. C. de usuc. pro empt.* quarum illa affirmat, hæc negat usucapionem procedere; neque apparet conciliandi ratio, nisi distinguas inter pignus & hypothecam. Debitor pignus a creditore possessum surripiens idque vendens, usucapiendi conditionem transfert, quia furtum rei non fecit sed possessionis duntaxat, quo res ipsa in vendendo affici non videtur; at debitor vendens hypothecam a se possessam, eo ipso furti sese alligat, & usucapionem impedit, ut videtur. *l. 66. ff. de furt.*

(m) Ultimum Usucapionis Requisitum est, *Possessio continua*, definitionem Possessionis *supra in fine tit. de R. D.* habuimus, sicut latissimo sensu accipitur, quatenus hæc appellatio ad usufructuarios, colonos, commodatarios & depositarios extenditur, etiam ad eos qui precario possident. Angustius possessio significat rei detentionem cum animo sibi habendi, quo sensu fructuarii & qui modo collocati sunt, non possidere sed tenere dicuntur, in *l. 9. ff. de R. V. & l. 1. §. 8. Quod Legat.* & esse in possessione §. 5. *Inst. de Interd.* Strictissime sumitur pro detentione cum animo dominii, quæ vocatur possessio civilis, opposita naturali, quæ est absque opinione dominii. *l. 21. h. t.* Atqui talis, scilicet civilis, in usucapione necessaria est, idque, cum diximus bonam fidem adesse oportere, satis indicatum

(i) *Pos.* 14. 15. & 17. (k) *Pos.* 16. 17. 18. (l) *Pos.* 19. (m) *Pos.* 20.

Digitized by Google

catum est. At requisitum continuitatis expressius declarandum: nam si possessio fuerit interrupta, Usucapio non procedit, quia hæc ejus naturæ est, ut sine possessione nec constet ab initio nec cum cœperit procedat. *l.* 25. *h. t. & l.* 19. *ff. Ex quib. cauf. mal.* Dicitur autem interruptio in Jure Usurpatio; eaque duplex est, Naturalis vel Civilis. Naturalis interruptio est, cum quis vi de possessione dejicitur. *l.* 5. *h. t.* Civilis fit per litis contestationem, *l.* 10. *C. de Adquir. & ret. Poss.* vel etiam per libelli oblationem. *l. pen & ult. C. de Ann except.* Ut igitur usucapio absolvatur, possessor rem sine judiciali controversia per legitimum tempus detinere debet: Quod si vel in detentione turbetur, vel lis ei moveatur, possessio præterita nihil ad summam dominii prodest (3).

(n) Porro de translatione possessionis ab uno in alium, sciendum est eam non interrumpere usucapionem, sed tempus primi possessoris etiam prodesse successori tam universali quam particulari, modo tamen dispari. Nam heres in usucapione a defuncto rite cœpta pergit indistincte, *licet ipse sciat prædium alienum esse*; quoniam hæc pro superveniente scientia habetur, §. 12. *h. t. l.* 43. *ff. h. t.* heres autem omnimodo defuncti vice fungitur. *l.* 22. *h. t.* Ideoque nihil consideratur quam an defunctus usucapere potuerit; si ita, potest & heres; sin, neque hic potest etiamsi bonæ sit fidei, ut ne quidem inchoare permittatur usucapionem ex sua persona & fide bona, quia vitium defuncti, a quo res primum possessa fuit, obstat heredi qui illum repræsentat, siquidem non modo in virtutes sed etiam in vitia defuncti succedit. *l.* 11. *de div. temp. præscr. & l.* 11. *C. de adquir. & ret. poss.* Inter successores particulares, ut emptores, venditores, donatarios legatariosque tempora similiter conjunguntur, quod constitutione Antonini effectum, §. 13. *h.* qua posteriores esse videntur, *l.* 14. *h. t. l.* 2. §. *pen. pro empt. l.* 14. *de divers. temp. præscr.* ex quibus gratis Hotomannus *heic* probat, etiam ante Antoninum hanc conjunctionem in usu fuisse, ut colligat inde Auctoris bonam fidem prodesse etiam successori particulari mala fide prædito, quod verum non est. Nam etsi inter particulares conjunctio fiat, tamen non ita fit, ut successor auctorem per omnia repræsentet, quemadmodum heres defunctum, (rationem vide in §. 11. *I. de Testam. ord.*) sed hi utuntur accessione temporis, quo primi, si bonam habuerint fidem, possederunt, si & ipsi hanc fidem bonam pariter adferant. *l.* 2. §. 20. *pro empt. l.* 14. *h. t. & l.* 14. *de divers. temp. præscr.* Quod si primus possessor malæ fidei fuerit, manifestum est, non posse prædonis detentionem cuiquam ad usucapionis effectum prodesse. Etsi ille fidem bonam habuerit, mala autem successor laboret, non potest hic continuare inchoatam usucapionem, quia fide caret & persona Antecessoris nihil ipsi præstat, quia illum non repræsentabat, nec in virtutes ejus succedere solet. *l.* 2. §. 1. *pro empt.* Verum alia parte meliori quam heres conditione fruitur successor particularis bonæ fidei; nam cum heredi usucapionis initium quoque interdicatur, si defunctus sciverit rem alienam esse, ut dictum; Emptor sane, vel donatarius ex sua persona minime vetantur longo usu capere, quod ignorant alienum fuisse, tametsi venditor, & donator id fraudulenter celaverint. Nam quemadmodum illos in virtutibus non repræsentant, ita neque in vitiis eorum vices gerunt, *l.* 5. *de divers. temp præscr* quæ & generaliter & specialiter de vitio donationis loquitur, quod hoc donatario non sit impedimento, quominus ex sua persona, modo fides adsit, usucapiat; cui nobis obstare non videtur *l.* 4. §. 31. *ff. de doli mal. & met. except.*

10. (o) Ceterum, usucapionis jus cum sit civile, tametsi fundamentum in Jure Gentium habeat, potest tamen a Lege ad utilitatem Reip. varie gubernari. Cujus rei speciem habemus in §. *ult. h. t.* ubi multo facilius, quam per usucapionem, domini jura suarum rerum amittunt. Nam si res tua, te inscio, ad Fiscum pervenerit, isque eam rem alienaverit, tu vindicare tuam rem a possessore non potes, (quod tamen olim licebat. *l.* 13. §. 9. *de hered. l. pet. & l.* 41. *ff. de jur. fisci.*) sed qui a Fisco emit citra usucapionem, confestim securus est, nec Domino quidquam reliquum est quam actio de pretio adversus Fiscum intra quadriennium: Atque hoc privilegium Justinianus etiam patrimonio Principis & Augustæ concessit. *d.* §. *ult. l. ult. C. de Quadr. præscr.* Est autem constitutio illa satis in se enormis, ut quæ non modo dominium tollit, sed & duriorem adversarium, qualis est princeps, objicit, quod iniquum. *l.* 3. *in pr. de alien. jud. mut.* Usque adeo tamen utilitatis publicæ interest, venditiones fiscales prompte expediri, ut reo respectu hæc con-

(n) *Pos.* 20. *& seqq.* (o) *Pos.* 25.

(3) *Sed per litis contestationem non interrumpi usucapionem probant* L. 11. ff. de R. V. l. 9. §. 6. ad exhib. l. 2. §. ult. pro empt. l. 2. pro don. *Uti ipsemet Auctor fatetur in prælect. ad ff. h. t. n.* 4.

constitutio facile defendatur. Quod si dicas frustra utilitatem publicam citari ad defensionem iniquitatis, sciendum est, quod in publicam utilitatem fit, id ex communi civium consensu fieri censeri. Proinde, cum ipsi malint privatos damno quam Rempubl. incommodo affici, damnum tunc quod privati patiuntur, iniquum non est erga volentes, quod injustum foret adversus invitos vel ejusdem Reipublicæ vinculo non conjunctos. Pluribus, quid utilitas publica valeat præ singulorum commodis, vide luculenter differentem Æneam Sylvium in *lib. de ort. & auct. S. R. I.*

TIT. VII.

De Donationibus.

I. Donatio modus an causa dominii adquirendi & an modus Juris Gent. an civilis. II. Definitio & Divisio & quid mortis causa Donatio. III. Differentiæ hujus ab Legato. IV. Donatio inter vivos quid & quotuplex. V. De insinuatione donationis. VI. Qui donare possint. VII. Ex quibus causis donatio revocari possit. VIII. De propter nuptias donatione.

(a) SEcunda inter modos adquirendi civiles refertur a Justiniano DONATIO, de qua tamen dubitari potest sitne modus an causa, seu titulus adquirendi Dominii. Sane cum non traditione duntaxat, sed & conventione, uti mox videbimus, perficiatur, conspicuum est, quatenus conventione absolvitur, ita non esse modum adquirendi immediatum; quia tralatitium est, non pactis sed traditionibus rerum dominia transferri, *l.* 20. *C. de pactis*. Quatenus vero traditione fit, ita est *modus* quidem dominii transferendi, sed non peculiaris: magis igitur est ut *donatio*, qua talis, uti causa dominii consideretur; utrovis autem modo fiat donatio, certum est genus ejus proprie non esse Contractum; non quando traditione fit, quia ex contractu obligatio nascitur, quæ non oritur ex donatione statim impleta. *l.* 3. *princ. &* §. 1. *ff. de O. & A.* Conventione autem facta Donatio parit quidem obligationem ad tradendum, §. 2. *I. h. t.* sed proprie tamen contractus non est, quia nullum in ea negotium, nullum συνάλλαγμα, quod dici possit, geritur; sed est beneficium & liberalitatis exercitio, quæ opponitur contractui sive negotio gesto. *l.* 14. *de precario. l.* 58. *fin. pr. de donat. int. Vir. & Ux. & l.* 43. §. 1. *de admin. tut.* Nec aliam ob caussam Justinianus hunc titulum potius heic quam inter contractus collocavit, tametsi hoc reprehendat Balduinus *ad hunc* §. & tam subtile discrimen illud sit, ut ob affinitatem donatio sæpe juxta Contractus recenseatur. *l.* 7. *C. de his, qui vi met. l.* 17. *C. de fide instrum. l.* 8. *C. de præsc.* 30. *vel* 40. *ann.*

SCHOLIUM.

Igitur donatio in genere melius definitur per actum. *Struv.* Exerc. 40. th. 2.

Jam, quia nemo dubitat, quin factum sive negotium donandi Gentium cunctarum commune sit atque traditio sit etiam modus adquirendi Juris Gentium, §. 40. *I. de R. D.* nec de eo dubitari potest, utrum donatio sit Modus adipiscendi Juris Civilis, an Gentium. At scrupulum facit, quod hic donatio in serie adquisitionum juris civilis recenseatur; nec satisfacies, si dixeris, originem ejus ex Jure Gentium esse, formam specialem ex jure civili; nam sic dicere posses, traditionem quoque ex venditione esse modum juris civilis, quia non pauca & in venditione specialia jure civili reperta, constat: Proinde absolute fatendum, donationem, quæ traditione inter vivos fit, esse modum juris Gentium, sed quod Justinianus eam in ordine civilium adquisitionum referat, hoc donationem mortis causa & propter nuptias spectare. (1) Tu dices, non apud Romanos solos mortis causa donatur, sed & apud Græcos, ut exemplo Telemachi ex Odyssea probat Imperator; & ubivis Gentium; nec inficiamur, quod ad factum & genus donandi: Sed heic consideramus articulum momentumque & quasi punctum adquirendi, quod Jure Romano transigitur immediata vi legis sine ullo facto hominis, ut donatarius confestim a morte donantis fiat Dominus, *l.* 2. *de Publ. in rem. act.* ad exemplum legatorum, *l.* 80. *de Leg.* 2. quod procul dubio a simplicitate juris gentium alienum est. Præterea etsi apud alias quoque gentes propter

(a) *Pos.* 1. 2. & 3.

(1) *Consule omnino Averan. interpret.* lib. 1. cap. 29. & *Hein. in not. ad Vinn.* n. 1. pt. b. 1.

Digitized by Google

pter nuptias donetur, tamen quæ jure nostro prodita est, eam talem putamus cui similis alibi gentium nusquam reperiatur, adeo ut toto genere nova videri possit, uti mox intelligetur.

2. (b) Cæterum, Donatio nihil est aliud quam liberalis rei in alium *collatio*. Dicamus ita potius quam *alienatio*, quomodo in *posit.* 1. *h. t.* habetur; nam alienationis vocabulum non convenit donationi quæ fit per conventionem, quia significat translationem dominii, *l.* 1. *C. de fund. dot.* ut recte animadvertit *Scholiastes* noster. Donationis duo sunt genera, mortis causa & non mortis causa, inquit Imper. in *pr. h. t.* Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, sive imminente periculo, sive ob solam mortalitatis cogitationem. * *l.* 2. *& seqq. de m. c. donat.* Fit quidem ut plurimum ita, ut res donata non nisi post mortem donatoris transferatur, quia proprium hujus donationis est, quod donator se rem malit habere quam donatarium, ut Imperator versiculis ex Homero probat *hoc* §. 1. (c) Verum potest etiam sic fieri, ut traditio confestim sequatur, quod fieri solet ubi de vita donator desperat. *l.* 2. *de m. c. donat.* Qui si præter opinionem convaluerit, donatio ipso jure rescinditur, §. 1. *h. t.* ubi tres modi traduntur quibus mortis causa donatio revocatur; primus, *si donator supervixerit*, sive periculum cujus respectu donaverat evaserit; alter, si donatarius moriatur ante donatorem; tertius, si donatorem pœnituerit; quibus casibus non modo retinere potest quod nondum tradidit donator, (d) sed etiam repetere quod revera præstitit; duntaxat de genere actionis dubitatur. *l.* 35. §. 3. *de m c. donat. & l.* 29. *eod.* & *l. sequent.* Cassiani personalem dabant, & quidem condictionem ob causam dati, causa non secuta. *l.* 35. §. 3. *de m. c. donat.* Ulpianus putat defendi posse in Rem esse dandam, *l.* 29. *eod.* & in *l. sequent.* utramque conjungit; nimirum condictio fundatur in translatione Dominii quæ per traditionem anticipata erat: at quia donatio hanc conditionem habebat, ut certis casibus irrita esset, his existentibus dominium donatoris mansisse videtur; ut ita rem non directe, sed utiliter vindicare possit, tanquam dominium tacite ad ipsum redierit vel numquam discesserit. Fundamentum tamen personalis actionis evidentius est, quia traditio illa procul dubio dominium transtulerat; ideo Cassiani fidentius statuebant, se non dubitare, quin condictio daretur. *d. l.* 35. §. 3. Proculejani timidius, se putare in rem actionem posse defendi, *d. l.* 29. interim tamen condictionem quoque admittebant, in *l.* 30. Adeo autem revocandi facultas inest huic donationi, ut si quis præsenti mortis cogitatione ita donavit, ne ullo casu revocetur, quanquam verbis tenus speciem donationis mortis causa habeat, ac ita vocetur in *l.* 13. §. 1. *in fin. & l.* 35. §. 4. *de m. c. donat. item Nov.* 87. vim tamen contineat donationis inter vivos, *l* 27. *de m. c. donat.* vel potius mediæ cujusdam naturæ esse videatur; qua de re mox iterum.

3. (e) Hactenus igitur hæc Donatio ultimæ voluntati similis est, quod pœnitentia & morte ante donatorem extinguatur; quemadmodum in cæteris Legato per omnia comparatur, ut loquitur Cæsar in §. 1. *h. t.* Nam etiam quinque testes, ut omnes ultimæ voluntates, requirit, *l. ult. C. de donat. c. m.* detractionem Falcidiæ admittit, *l.* 5. *C. ad L. Falc.* recipit substitutionem, *l.* 1. *C. de Donat. c. m.* jus accrescendi, *l. un.* §. 14. *C. de cad. toll.* cautionem Mutianam. *Nov.* 22. *c.* 44. §. *ult.* Denique & dominium instar legati immediate transfert. *l.* 2. *de publ. in rem act.* At vero per plura & insigniora discrepant. Et quidem summa differentia est, quod legatum sit voluntas unius testatoris dominiumque legatario præstet absenti ac ignoranti. *l.* 80. *de leg.* 2. *& l.* 64. *de Furt. in f.* Sed donatio non dantis voluntate duntaxat, verum & acceptatione Donatarii perficitur, quod tam naturali rationi quam civili consentaneum, ut docet Grotius 2. *de J. B. & P. c.* 11. §. 14. Hinc absenti non aliter res donata adquiritur, quam si præsens vel per internuntium eam acceptarit *l.* 4. *& l.* 10. *de donat.* Eaque communis interpretum & praxi confirmata doctrina est, teste Sandio *lib.* 5. *decis. tit.* 1. *def* 1. ubi Fabrum contra docentem ex *l.* 35. §. 5. *C. de donat.* refutat. Atque hic utriusque voluntatis concursus non tantum inter vivos, sed æque in mortis causa donatione requiritur, ut apparet ex *l.* 8. §. 3. *de bon. libert.* Hinc in *l.* 38. *de m. c. donat.* Marcellus, *nam mortis causa donatur*, inquit, *quo præsens præsenti dat*; respectu ad id, quod plerumque fit, habito, cum sane id in legato nunquam desideretur. Id tamen sciendum, donantis voluntatem semel declaratam durare; ideoque acceptationem post mortem ejus factam sufficere

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 8. 9. *&* 10. (d) *Pos.* 11. (e) *Pos.* 5. 6. *& seqq.*

* Donatio mortis causa omnium bonorum Jure Saxon. El insinuatione judiciali opus habet, P. 1. C. El. §. 1. *demis nun.*

Digitized by Google

cere ad adquirendum; at si donatarius moriatur priusquam acceptarit, certum est heredem nihil habere petendum. *d. l.* 10. Grot. *ibid.* §. 15. Sunt & plura in quibus hæc donatio actus inter vivos imitatur, ideo cum legatum in annos singulos regulariter sit multiplex, secundum *l.* 4. *de ann. leg.* donatio mortis causa in annos singulos, ut stipulatio, est simplex *l.* 35. §. *ult. de m. c. donat.* Legatum non nisi post mortem perfectum est ideoque tunc indigno auferri potest; *hæc donatio consensu mutuo perficitur, neque post mortem ob indignitatem adimi potest. l.* 5. §. 17. *de his, quæ ut indign.* Filiusfamilias legare ne quidem Patris consensu potest, quia testandi incapax, sed mortis causa donare Patre annuente, non prohibetur. *l.* 25. §. 1. *de m. c. donat.* In legatario capacitas & tempore mortis & aditæ hereditatis spectatur. §. 4. *Inst. de hered. qual.* In hac donatione simpliciter tempore mortis. *l.* 22. *de m. c. donat.* Denique, Revocatio liberalitatis propter periculum cessans, de qua dictum, non obtinet in legatis; sed in his expressa revocatione opus est. *tit. D. de adim. leg.*

4. (f) Sequitur donatio inter vivos, quæ sine respectu ad casum mortis celebratur, estque vel simplex, vel non simplex sive relata. Simplex, quæ fit ex absoluta liberalitate. Relata, quæ celebratur ob respectum aliquem, quo cessante non fieret, ut est donatio remuneratoria. *l.* 27. *de Donat.* Propter nuptias §. 3. *h.* atque ipsa mortis causa donatio, de qua dictum, omnesque adeo, quæ sub modo, die, vel conditione fiunt, *tit. C. de donat. quæ sub mod.* Hæ omnes sub genere donationis sine scrupulo continentur, quia *χωρὶς ἀνάγκης*, *nullo jure cogente fiunt*, qui est character Donationis. *l.* 29. *eod.* Beneficium, auctore Seneca, dicitur, *quod quis dedit, cum ei liceret & non dare.* Remuneratoria donatio dicitur quidem non mera, in *d. l.* 27. sed hoc est, non simplex, non absolutæ liberalitatis; neque enim placet eum textum accipere de præstatione honorarii pro opera impensa, sed de liberali datione gratitudinis causa ut ex verbis Reguli donatoris apparet. Modus porro Donationem perficiendi est voluntas dantis & acceptatio donatarii, ut modo dictum, id est mutuus consensus; qui vel traditione statim confirmatur, vel in conventione subsistit donec traditio sequatur; Ad quam Donator etiam invitus compelli potest, non secus ac venditor ad rei venditæ traditionem. §. 2. *h. t.* Id tamen ex superioribus repetendum, si donator promiserit, alter nondum acceptarit, locum esse pœnitentiæ & promissionem *μονομερῶς* factam posse revocari, quia nulla adhuc obligatio ex unius voluntate contracta est; quemadmodum etiam, si quis absenti dixerit se aliquid donare vel remittere, nulla inde obligatio contrahitur, ne quidem si postmodum acceptetur, quando alter mutat voluntatem, ut ex re memini esse judicatum. Denique, cum olim sola stipulatio donantem obligaret, ex Justiniani constitutione pactum etiam nudum eandem vim habet. *l.* 35. §. *ult. C. de Don.*

5. Porro idem Imperator insinuationem in acta publica præcepit, (g) si donationes summam quingentorum solidorum * sive aureorum excederent, *l. penult.* §. *ult. C. eod.* qua omissa, quod excedit definitam summam, id tanquam vitiosum præciditur & soli præstantur quingenti. *l.* 34. *C. eod. Nov.* 162. *c.* 1. §. *ult.* Alias prohibita non est Donatio, quantumvis omnium bonorum, tam futurorum, ut videtur, quam præsentium, *l.* 35. §. 4. *C. eod.* modo liberis, si quos habet donator, legitima relinquatur. *l.* 5. *C. de inoff. donat.* Attamen simpliciter facta Donatio omnium bonorum, non præsumitur futura complecti. *arg. l.* 7. *de aur. & arg. leg. l.* 22. *de donat.* Nec quisquam alterius hereditatem viventis donare potest, quod est *festinare adversus bonos mores & jus Gentium*, ut eleganter ait Papinianus in *l.* 29. §. *f. de donat.* Bartholus tamen & communior Dd. consensus donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, ut insanam & contra bonos mores factam, improbat nec valere censet, teste Schneidewino *hic n.* 86. & 88. Fachin. 6. *controv.* 87. nisi donator usumfr. retinuerit, Fachin. *d. l.* 6. *c.* 89. sed præsentium duntaxat bonorum donationem concedunt, vide Fabr. in suo *Cod. l.* 4. *lib.* 22. *tit.* 5. *n.* 13. & 14. Clarum §. *Donatio p.* 19. Bronchorst. *cent.* 3. *assert.* 71. Tamen ut absit omnis suspicio fraudis, recte a Justiniano constitutum est, enormes Donationes uti actis insinuarentur. Cui tamen legi non nisi donationes absolutæ subjacent; non igitur remuneratoriæ, non mortis causa, non propter nuptias, redemptionem captivorum, restitutionem ædium

(f) *Pos.* 13. 14. 15. (g) *Pos.* 16. 17. 18. 19. 20. 21.

* Id est in Saxonia aureorum seu ducatorum *p.* 2. *C. El.* 14. §. *So aber.* Caterum Jus Sax. hic adeo Juris Civilis dispositionem sequitur, ut Gerada quoque, si 500. aureos excedat, coram Notario & testibus donari nequeat, *d. C.* ibique Carpz. *D.* 16. *conf. dicta ad tit.* 20. *L.* 1. § *f.*

ædium incensarum, neque Principi vel a Principe factæ, *d. l.* 34. *l. pen. pr.* §. 1. & 2. *C. eod.* Donatio autem piis locis facta, si excedat 500. solidos, legi est subjecta, *l.* 19. *C. de SS. Eccl.* nec ulla causa est, cur Donatio per jusjurandum firmata absque insinuatione subsistat, ut tradit Gail. 2. *obs.* 29.

6. (h) Donare autem possunt omnes qui rerum suarum dominium atque administrationem habent, nisi quod is, qui crimen capitale admisit, tametsi administrationem rerum suarum retineat, *l.* 46. §. 6. *de jur. fisc.* donare tamen cum effectu nequeat, sed post condemnationem donatio revocetur, *l.* 15. *de donat.* tanquam in fraudem fisci & *suspicione pœnæ* facta, ut loquitur Ulpianus in *l.* 7. *de m. c. donat.* quæ ratio indicare videtur, postquam bona publicari desierunt, quod donatio amplius non revocetur. *arg. Auth. bona damnatorum. C. de bon. proscript. ex Nov.* 134. *c. ult.* Cæterum, mortis causa donationes strictus olim reis capitalibus interdictæ fuerunt quam inter vivos, siquidem illæ etiam ante crimen factæ, secuta damnatione, rescindebantur, *l.* 7. *de m. c. donat.* exemplo ultimarum voluntatum. *l.* 8. §. 1. *Qui testam. fac. poss.* Quod an perinde per *d. Nov.* 134. mutatum sit, alibi disputandum. Præterea Pater filiofamilias frustra donat, *l.* 1. *Pro donato.* quoniam ipse sibi donare videtur propter vinculum patriæ potestatis, *l. ult. C. de impub. & aliis subst.* quo soluto, quo minus Pater filio donet, nihil vetat, adeo quidem, ut morte patris donatio confirmetur atque inde ab initio valuisse existimetur, *l.* 25. *C. de Donat. inter Vir. & Ux.* cum olim non nisi scriptura ultimæ voluntatis firmari posset, *l.* 16. *de Donat. l.* 5. *C. eod.* In militiam tamen proficiscenti filio Pater recte donare dicitur, *l.* 4. *C. famil. ercisc.* item propter bene merita sustineri Patris remunerationem erga filium, communis est sententia Dd. teste Gail. 2. *obs.* 38. Fachin. 3. *controv.* 74. De conjugum prohibitis donationibus est tit. in *Pandectis*.

7. (i) Porro, quia Donatio mortis causa fit hac mente ut donator se rem habere malit quam donatarium, sed inter vivos ex absoluta liberalitate, ideo hæc est irrevocabilis, ut nec morte nec pœnitentia rescindi queat: nisi quod Donatio habitationis morte Donatoris semper finiatur, quod est admodum speciale, *l.* 32. *h. t.* (2) quanquam secus in Donatione remuneratoria observetur, *l.* 27. *de donat.* Præterea proditæ sunt legibus certæ ingratitudinis causæ, quarum unam si donatarius commiserit, everti donationem Imperator concedit. *l. ult. C. de revoc. donat.* Species autem hujus ingratitudinis, ob quam donatio revocatur, sunt hæ; Nempe, si atroces injurias in donatorem effundat, vel manus impias inferat, vel grave damnum substantiæ ejus imponat, vel vitæ aliquod periculum ei intulerit, denique si conditiones liberalitati adjectas implere noluerit. *d. l. ult.* Præter quas an admittendæ sint aliæ graviores, vel aperte similes, disputant Interpp. sed affirmativa communis ac probabilior sententia est, ut videbimus, ubi hanc quæstionem de causis exheredationis tractabimus: Neque alienum a ratione est inter pares causas referri & hanc, quod donatarius omnium bonorum alimenta donatori ad inopiam redacto negaverit: Confer *l.* 8. *de Decurion.* Motz. *cap. ult. de donat. num.* 59. idque communissime receptum esse, testatur Bachov. *vol.* 2. *ad Tr. disp.* 19. *th.* 7. Est adhuc alia revocandæ donationis causa, scil. supervenientia liberorum, quæ traditur in *l.* 8. *C. de revoc. donat.* sed ibi tantum in persona patroni qui liberto donaverit memoratur, in quo specialis est ratio, si quidem is patrono ob inæstimabile beneficium libertatis obstrictior est. Ideoque ex mente illius textus, nativitas liberorum post factam donationem non est causa generalis revocandi donationes. Sed in praxi aliter receptum esse ex communi Dd. sententia tradit Mynsing. *cent.* 5. *c.* 65. neque id tam invita ratione quam verbis legis fieri, argumento sunt *l.* 102. *de C. & D. l.* 30. *C. de fideic.* nimirum si donatio sit omnium, vel magnæ partis bonorum. Fachin. 3. *contr. cap.* 88.

8. (k) Præterea inter personas quibus interdictum est donationibus, de quibus supra, sunt etiam Conjuges; ita ut ipso jure nihil valeat quod actum est, *l.* 3. §. 10. *de Donat. inter Vir. & Ux.* Sed licita est ea, quæ propter nuptias dicitur, de qua Imperator agit in §. 3. *h. t.* & veteribus JCtis incognitam fuisse memorat. Donationes equidem inter sponsum sponsamque satis notæ & usitatæ jam olim erant, ut apparet ex *l.* 1. §. 1. *de Donat. l.* 8. *& seqq. C. de donat. ante nupt.* Sed hæc est constitutio pecuniæ, qua mulieri præstatur securitas & quasi repræ-

(h) *Pos.* 21. *& seqq.* (i) *Pos.* 30. 31. (k) *Pos.* 26. 27. 28. 29. sen-

(2) *Donationem habitationis donatoris morte finiri non probat* l. 32. h. t. *cum in ea lege habitatio precario concessa proponatur, ita ut factum habitandi a voluntate concedentis semper dependeat. Ergo hoc speciale, quod Auctor vult, admitti nequit, vel ex aliis textibus, quos desidero, probandum foret.*

sentatio dotis, ut si de hac periclitetur, vice aliquid dotis dissipatæ habeat: itemque ut quibus casibus dotem vir lucratur, iisdem uxor donationem propter nuptias retineat, *Nov. 61. c. 1. pr. & §. 1. Nov. 91. cap. 2. N. 97. c. 1.* quæ alioqui, soluto matrimonio, regulariter ad maritum, quemadmodum dos ad mulierem revertitur. *l. ult. C. de don. ante nupt.* Conveniunt etiam in his, quod dos & donatio ejusdem quantitatis, ac quoad pacta aliasque conditiones ejusdem qualitatis esse debeant, ne, si donatio præ dote excellat, in speciem absolutæ liberalitatis incidat, quam inter virum & uxorem prohibitam esse, modo diximus. *l. pen. C. de Donat. ante nupt. & Nov. 97.* Non tamen idem juris mulier in donatione propter nuptias quod vir in dote exercet; nam quia hæc pro sustinendis oneribus matrimonii datur, quæ mulieri nulla incumbunt, consentaneum est, eam nec fructus rerum donatarum percipere, quod nec usquam legitur (Nam *Nov. 22. c. 23.* de usufructu dato loquitur) & si fieret, dos viro penitus foret inutilis, si quantum ex dote perciperet, tantum ex donatione amitteret; imo nec dominium, nec possessionem ad eam transire, statuit Clariss. D. Wissenb. disp. ad *inst. 14. th. 16.* ex Bachovio 2. *ad Tr. disp. 19. th. 8. lit. 3.* Quod si verum est, quare hæc Donatio appelletur, nullus video; præterquam quod vindicare mulieri res donatas ut proprias permittitur, *l. 29. C. de jur. dot.* quam jus Dominii arguere tralatitium est. Responsio ad hoc & rationes in contrarium, quas profert *d. loco* Bachovius, oppido parvi sunt momenti. Ideoque & tradi res donatas & dominium transferri, sed administrationem atque emolumentum penes maritum esse, ex *d. l. 29. & Nov. 61. c. 1. aliisque textibus* existimaverim. Nisi donationem sola conventione perfectam, per quam res non traditæ sed mulieri assignatæ & quasi cautæ sint, intelligendam putemus. Quod de jure accrescendi circa servum communem manumissum traditur ab Imperatore *in §. ult.* non est operæ pretium in loco alieno commemorare. Tu, videsis in textu.

TIT. VIII.

Quibus alienare licet vel non.

I. Quid sit alienatio. II. De pignoris alienatione. III. Ex quibus causis Dominus prohibeatur alienare. IV. De pupillo alienare prohibito. V. De rebus alienari prohibitis, obiter. VI. Fundum dotalem a viro non posse alienari. VII. Maritum fundi dotalis esse dominum. VIII. De privata alienandi prohibitione ejusque effectu.

(a) PErfecta dispositio, quæ dominis de re propria competit, nulla in re clarius perspicitur quam in potestate alienandi. Unde Aristoteles *lib. 1. Rhet. cap. 5.* ὅρος τοῦ οἰκείου εἶναι, inquit, ὅταν ἐφ' αὐτῷ ᾖ ἀπαλλοτριῶσαι *Definitio Dominii est, ubi penes nos est alienandi potestas.* Hinc & in jure nostro Alienatio definitur, *omnis actus, per quem dominium transfertur, l. 1. f. C. de fundo dot.* unde notissima regula, quemque rei suæ liberum esse moderatorem atque arbitrum, *l. 21. C. Mand.* nihil tam naturale esse quam voluntatem domini, rem suam in alium transferentis, esse ratam, *§. 40. supra de R. D.* cui regulæ ex adverso alia respondet; Eum qui non est Dominus alienandi potestatem non habere. Sed revocanda in memoriam limitatio, quam pridem in definitione dominii perfectæ dispositioni de re sua addidimus; *nisi lex vel conventio obsistat.* Sæpe enim accidit, ut alienandi facultatem non habeat is penes quem est dominium, & contra, ut qui non est Dominus alienare possit; cujusmodi exceptiones, (παράδοξα θέματα, ait *Theophilus*) in hoc capite tractantur. Nos hujus regulæ, *Qui non est dominus non potest alienare*, primo dabimus exceptionem, quam Justinianus secundo loco refert, ordine sic postulante. Est autem hæc;

2. (b) Creditor, etsi Dominus pignoris non sit, tamen hoc alienare potest; non modo si convenerit ita cum debitore, (quo casu debitor ipse magis alienare videtur,) sed etiamsi nihil convenerit, modo antea denuncietur ut solvat debitori, *l. 4. C. de distr. pign.* imo etsi debitor sit pactus ne alienare liceat, adhuc tamen creditori alienatio permittitur, si prius ter denunciaverit debitori ut solveret, atque cessaverit. *l. 4. de pignor. act.* Nam si deficiente solutione, pignus nunquam vendere liceret, scopus pignorationis, qui est ut creditori satisfiat,

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. 4.

Digitized by Google

tisfiat, penitus cessaret. Cæterum, Justinianus novum præscripsit modum in executione crediti & pignore alienando. *l. ult. C. de jure dom. imp.* Nempe, si quid pacto convenerit, sine dubio id servandum. *d. l. ult.* §. 1. Si nihil conventum, post denunciationem vel sententiam de solvendo, permittitur distractio, quam non aliter debitor impedire potest, quam integra sorte cum usuris oblata. *l. ult. C. debit. vendit. pign. imped. non poss.* Quod si res emptorem non invenerit pretio tolerabili, fit iterum denunciatio, vel absenti judex terminum præfiget intra quem solvat. Cui si non pareat, Creditor dominium a Principe impetrabit, quod tamen debitori intra biennium luere, solutione oblata, conceditur. §. 2. & 3. *d. l. ult.*

3. (c) Altera regula, quod *dominus alienare possit*, habet plures exceptiones; & quia locus hic incidit in articulum *de prohibita alienatione*, qui magni usus est, placet heic parumper ab ordine Cæsaris digredi. Adeoque sic habetote. Prohibitio alienandi est vel publica vel privata. Publica vel immediate ex lege fit, vel interveniente Magistratus decreto. Priore modo propter rationes personales, aut reales. Ratione personali prohibentur alienare pupilli, de quibus Imperator agit in §. *ult. h. t.*

4. (d) Scilicet pupilli, quamvis rerum suarum Domini, nullam rem sine tutoris auctoritate alienare possunt. Cujus rei exemplum Imperator proponit in mutua pecunia, quam si solus alii dederit, *non contrahit obligationem*, *quia pecuniam non facit accipientis*, habet textus *in pr.* §. *ult. h.* cui consequens est, eum vindicare posse nummos adhuc extantes, sive apud ipsum debitorem vel apud tertium, ut indicatur illis verbis, *sicubi extet.* Consumptis nummis, distinguitur, utrum bona fide consumptio facta sit ab eo qui dantem esse pupillum ignorabat, an mala. Si bona fide, responsum est convalescere mutuum ex consumptione, ideoque nasci condictionem certi, quæ est ordinaria mutui actio. *l.* 19. §. 1. *de reb. cred.* (e) Ex eo autem quod pupillus alienare nequit, non modo sequitur, non recte ei sine tutoris auctoritate solvi, sed nec debitorem solutione ita facta liberari, ut ratiocinatur Paulus in *l.* 15. *de solut.* quemadmodum & Gajus in *l.* 28. *pr. de Pactis* inde colligit, nec paciscendo pupillum remittere posse debitum, nequidem ad tempus. Justinianus id latius prosequitur in *d.* §. *ult. vers. Ideoque.* Ubi addit epitomen constitutionis suæ ad Cæsarienses advocatos, quæ creditur esse *l.* 25. *C. de administ. tut.* ei sane non dissimilis, qua, ut debitor minori aut pupillo secure solvat, præceptum Judicis requiritur, *nisi quid ex reditu vel pensione solvatur vel usuris non excedentibus centum solidos*, *aut biennii metas*, ut habetur in *l.* 27. *d.t.* cujusmodi solutiones ordinaria auctoritate peragi possunt. Contra præscriptum legis solutio facta, siquidem tutoris vel curatoris auctoritas intercesserit, valet quidem ipso jure & effectum liberationis debitori tribuit, sed pecunia sorte in rem pupilli non versa, impetrari potest restitutio in integrum, *l.* 1. *C. si advers. solut. l.* 2. *C. si tutor.* quæ nec hodie competit, nec olim adhibito judicis decreto dabatur. *l.* 7. §. 2. *in fin. de minor.* At si pupillo aut minori curatorem habenti solutio soli sit facta, pro non facta habetur; Ideoque debitor adhuc manet obligatus, ut pecuniam tamen extantem vindicare liceat aut condicere; quatenus minor aut pupillus inde locupletior est factus, vel iisdem casibus petentem ex obligatione, doli mali exceptione repellet, *ut in citatis textibus est scriptum.* Quod si penes pupillum nihil ex ea pecunia vel occasione ejus comparatum supersit, debitor ἀμάχως καταδικάζεται, *omnino condemnatur*; etsi adolescentes pecuniam malo studio in ganeis & lustris prodegerint, ἀσώτως, ut ait Theophilus. Habet enim quod sibi debitor imputet, præscripta legum non secutus. Jam illud per se constare potest, quod (f) habetur *in fin. h. tit.* pupillum non recte quod debet solvere, quoniam id alienare est, proinde nec solventem liberari, neque nummos accipientis fieri, sed vindicandos, nisi fuerint consumpti; quo casu, ut de mutuo supra intelleximus, solutio convalescit & pupillus ab obligatione liberatur. *l.* 14. §. *ult. de Solut.* idemque, sed latius, est in *l.* 19. §. 1. *de reb. cred.* neque distinguitur hic, utrum creditor sit locupletior vel non, sed etsi pecunia casu fortuito perierit, pupillum tamen vel minorem liberari, verius videtur, ut contra Donellum recte cum Doctoribus defendit D. Vinnius, *ad hunc* §. cujus rationibus addi potest, creditorem sibi imputandum habere, quod ab eo pecuniam acceperit, quem jus dandi non habere cognosceret. Quæ de pupillis ex Imperatore commemorata sunt, hæc ipsa de minoribus & omnibus qui sub cura sunt accipienda esse, docent textus *in l.* 3. *C. de in int. restit. min. l.* 5. *l.* 40. *de R. J.* & *l.* 65. §. 3. *ad SCt. Trebell.*

5. (g)

(c) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 7. 8. (f) *Pos.* 9. 10.

Digitized by Google

5. (g) Respectu reali non possunt alienari res exemptæ commercio, ut sacræ, sanctæ, religiosæ, liberi homines, publicæ, nominatim res dominicæ, vulgo *domania*, Res litigiosæ, denique Dotales. De his omnibus heic agere non est consultum & occasiones aliæ dabuntur. Sed de rebus dotalibus agit Imperator *in pr h. t*

6. (h) Scilicet, donationem propter nuptias uxori a marito in vicem dotis dari, *superiore titulo* intelleximus. Dos autem, nihil est quam *Pecunia data marito ad sustinenda onera matrimonii*. *l.* 56. §. 1. *D.* & *l.* 20. *C. de jure dot.* Pecuniæ vox generaliter in definitione, ut in *l.* 5. *de V. S.* accipitur, pro cunctis rebus tam mobilibus quam immobilibus. Et rerum quidem mobilium sine dubio vir fit dominus. * Etiam immobilium æstimatarum, quas proinde pro lubitu alienare potest, *l.* 10. §. 4. *D. l.* 3. *l.* 5. & *l.* 10. *C. de jure dot.* ut & res mobiles indistincte. *l.* 3. §. 2. *de suis & legit. hered. l.* 3. *C. de jur. dot. Auth. sive a me. C. ad Sc. Vellej. l.* 21. *de Manumiss.* & *l.* 1. *C. de serv. pig. dat.* Quominus autem res inæstimatas maritus æque alienare possit, Lex Julia ab Augusto lata impedimento est, per quam cautum fuit, ne fundum Italicum dotalem maritus invita uxore alienaret neve consentiente ea obligaret, Paulus 2. *sent.* 21. Strictius, ut videmus, interdicta fuit obligatio quam alienatio; Cujus rei eadem ratio est ac in SCto Vellejano, quod mulieribus pro aliis se obligantibus succurrit non donantibus. *l.* 4. §. 1. *ad SC. Vell.* Nimirum, quia faciles sunt mulieres & imprudentes quidem, sed tenaces, haud temere donantes reprehendas, quia id raro faciunt. *l.* 16. *C. de donat. ant. nupt.* Sed cum in præsenti nihil expendunt, facile exorari se patiuntur ut res suas obligent, neque ita valent prudentia, ut vim oraculi Delphici percipiant, ἐγγύα· πάρα δ' ἄτη: sensu potius jacturæ præsentis, quam providentia futuræ moventur. Justinianus tandem, teneritudine sua erga mollem sexum motus, ne volente quidem uxore vendi fundum dotalem permisit, *l. un.* §. 15. *C. de rei ux. act.* & *pr. h. t.* ita ut non modo omnes tituli quibus dominium transfertur, quos inter divisio, transactio, compromissum, permutatio; sed & oppignoratio, & servitutis impositio, sub alienatione prohibita contineantur. *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* (i) Moribus hodiernis, cum jura dotium vix frequententur, hanc quoque prohibitionem superfluam esse consequitur. In Frisia quamvis Dotes earumque privilegia supersint, teste Sandio *l.* 2. *tit.* 2. *def.* 2. vir tamen & uxor pariter alienare dotalia non prohibentur. ** *d. l.* 2. *tit.* 4. *def.* 2.

7. (k) Cæterum prohibita alienatio fundi Dotalis certissimo argumento est, maritum esse revera Dominum fundi dotalis; quia alioquin inepta foret exceptio hæc a regula, Dominus alienare potest; Excipe maritum. *h. pr.* Sed & dominium ei tot locis asseritur, ut nihil clarius. *l.* 13. §. 2. *de fundo dot. l.* 7. §. 3. *de jur. dot. l.* 23. *C. eod. l.* 47. §. *ult. de pecul.* & *l.* 21. §. 4. *Ad municip.* Et quidem expresse ipsarum rerum dotalium, *d. l.* 23. & *l.* 7. §. 3. unde refellitur Vulteji distinctio inter dominium juris dotalis & rerum dotalium, *discep. scholast. cap.* 19. quam feliciter confutat M. Lyclama 7. *membr.* 26. Justinianus quoque inter causas Dominii jure Gentium adquirendi, Dotem expresse refert. §. 40. *I. de R. D.* Quod repetit Theophilus disertius ad hoc *princ.* Καὶ διὰ τῆς τραδιτζίονος δεσπότην αὐτὸν ἐποίησε τῆς πάτης προικός, *mulier per traditionem fecit eum totius Dotis dominum*; non igitur rerum duntaxat æstimatarum, ut aliqui, inter quos Donell. 14. *comm.* 4. contra claros textus, qui indistincte loquuntur volunt. Quin ipsius fundi quem Lex Julia vetat alienari quemque inæstimatum intelligi nota res est, Dominus & præsupponitur maritus esse, frustra alioqui excipiendus, & diserte appellatur *l.* 13. §. 2. *de fund. dot.* Præterea, ex eo quod dos est causa adquirendi jure Gentium, refutantur, qui maritum juris subtilitate duntaxat Dominum fieri, uxorem revera & cum effectu pro Domina, durante etiamnum ma-

(g) *Pos.* 11. (h) *Pos.* 12. 13. 14. 15. (i) *Pos.* 17. (k) *Pos.* 16.

* Quin horum, ut & rerum immobilium æstimatarum venditionis gratia, dominium maritis in Saxon. competat, nemo dubitat. Dominium autem mariti Civile, ex legum subtilitate introductum, *v. Ast h.* §. 7. in rebus immobilibus num etiam apud Saxones locum habeat, sunt qui dubitent. Unde Zieglerus *ad Ordin. Proc. Sax.* t. 7. verb. *der Mann wegen seines Eheweibes.* & Nicol. *ad Proc. p.* 1. *c.* 7. *n.* 39. maritum in dotalibus non nisi cum cautione rati agere vel excipere posse, statuunt. Verius tamen est, etiam hoc dominium Civile apud Saxones haud sublatum esse. Unde cautio, quam *d.* §. *O. P. S.* a marito exigit, ad bona uxoris receptitia similiave merito restringitur, aut ad casum, si maritus non suo, sed defensorio nomine uxoris agat, excipiatve. vid. Menck. *Disp. ad Proc. V. ad Tit. VII. th.* 10.

** *Decisio El.* 24 alienationem rei immobilis, a marito consentiente uxore factam, validam declarat, marito tamen jus & spem succedendi in pecuniam ex alienatione hac redactam denegat, nisi alius quoque Curator contractui fuerit adhibitus. Imo licet *d. Decisio* id expresse haud exigat, videas tamen Dd. Juris Saxonici ad alienationem rei dotalis immobilis præcise alius Curatoris consensum desiderare, a. *L. R.* L. 1. a. 31. Phil. *ad d. Dec. Obs.* 5. *n.* 10. Carpz. *p.* 2. *C.* 25. *d.* 22. *n.* 7. conf. quæ diximus ad *L.* 1. *t.* 23. §. 2.

Digitized by Google

matrimonio, habendam esse tradunt, velut Duarenus ad *tit. D. sol. matrim.* pariterque similis distincto, maritum habere bonitarium, uxorem dominium Quiritarium; Cives enim Romanos in rebus mancipi notum & certum est, aliud quam Quiritarium habere non potuisse. idemque docent tot necessarii effectus solis dominis convenientes; primo, quod vir fundum dotalem vindicare possit, *l.9. C.de R.V. l.24. π.de act.Rer.amot.*quæ ratio validior ex eo fit, quod mulier personalem duntaxat actionem ad recuperandam dotem habuerit, priusquam Justinianus in Rem ei daret. *l.* 30. *C. de Jur. dot.* Dein, Maritus fundum alienum in dotem accipiens usucapiendi conditionem assequitur, *l.* 1. *pro dot.* sed non posse idoneam usucapionis causam esse nisi & habilis sit eadem dominio adquirendo, dictum supra, & liquet ex *l.* 74 *in f. de contrah. empt.* Præterea, Maritus dominium fundi servientis dotali prædio nactus, servitutem amittit. *l.* 7. *de fundo dot.* Unde æque fortiter dominium evincitur per *l.*1. *Quib. mod. servit. amitt.* Usuifructui vero, cui alii comparant dotem, hæc & id genus alia nequaquam, sed vero tantum solidoque dominio conveniunt. Objectiones ad *ff. tit. de Fund. dot.* aut in Digressionibus removebuntur.

8. (1) Atque hæ sunt prohibitiones quæ immediate *a Lege* perpetrantur. Interveniente Magistratus decreto, alienari non prohibentur res pupillorum atque minorum, urgente necessitate, secus minime; sed hac de re caput proprium in *ff.* De privata alienandi prohibitione non agit in *hoc tit.* Justinianus; satisfaciamus paucis divisioni propositæ. Privata prohibitio fit vel conventione vel Testamento, dispari effectu, respective. Nam quæ conventione juxta traditionem facta est, valet equidem, ita ut pacta atque contractus valere possunt, *l.* 43. *de. pact.* nempe, ut adversus eum qui non stetit pactis, agatur in id quod interest *l.* 135. §. 3. *de V. O. l.* 3. *C. de Condict. ob caus. dat.* Sed quemadmodum pactis & stipulationibus Dominia rerum non transferuntur, ita nec res illis ita adficiuntur ut dominia per conventiones impediantur transferri, *l.* 20. *C. de Pact.* etsi de pacto, quo creditor a debitore paciscitur ne pignus ab ipso alienetur, secus est scriptum in *l.* 7. §. 2. (1) *de Distract. pign.* Cæterum, Testamentaria prohibitio plus valoris a legibus accepit: Nam si alienatio adversus præceptum testamento factum sit commissa, cui jus inde comparatum est, sive is, in cujus gratiam constat esse factam prohibitionem, habet in rem actionem, quæ dominii argumentum est, *l.* 23. *in pr. de R. V.* habet, inquam, in rem actionem, *l.* 69. §. 3. *de Legat.* 2. *juncta l.*1. *C. Comm. de leg. & fideic.* quæ non competeret, si dominium, alienatione contra testamentum facta, translatum fuisset; sed latior hujus rei explicatio pertinet ad caput *de Fideicommissis*. Hoc unum tacite non est prætereundum; sæpe fieri prohibitiones in testamentis sine designatione personarum quibus Testator velit consultum. Tales etsi disertissimæ, nihil operantur; non quod heres parere non debeat, sed quod nemo inde jus agenti adquirat, si contra factum fit, qua de re vide *l.* 114. §. 14. *de legat.* 1. *& l.*93. *in pr. de legat.*3.

TIT. IX.

Per quas personas cuique adquiritur.

I. Jure Rom. aliis per alios adquiri non posse, nisi per servos & filiosfam. II. Peculiorum origo. III. Eorundem distinctio. IV. Jus Patris in filium emancipatum. V. De adquisitione per servos proprios. VI. Ex quibus causis per servos usufructuarios & bona fide possessos adquiratur. VII. Quatenus per liberas personas adquiratur.

(a) QUanquam a simplicitate juris Naturæ & Gentium non abhorret dominia & obligationes per alias adquirere personas, præcedente vel secuta voluntate nostra, juris civilis tamen ea est ratio, ut, nisi casibus certis, de quibus in *hoc titulo* agitur, id non procedat. Obligationes non posse per alium adquiri, notum est ex *l.* 73. §. *ult. de R. J.* & videbi-

(l) *Pos.* 18. 19. 20.   (a) *Pos.* 1.

(1) *Ita l. 7. §. 2. de distract. pign. fusius explicat Auctor in Enunc. Rom. Cæterum non video quid impediat quominus hæc verba:* certum est nullam esse venditionem ut pactioni stetur *sic interpretemur,* nullam esse venditionem si pactioni stetur, *cum particula Ut quandoque conditionalis sit.*

Digitized by Google

bebimus ad §. 19. *I. de inutil. stipulat.* Ratio, quæ ibi redditur, quia obligationes sunt inventæ ut unusquique adipiscatur quod sua, non alterius interest, etiam Dominii quærendi modis applicari potest; Nam & obligationes sunt causæ Dominii, atque alium fieri Dominum nostra nihil interesse videtur; utique si de pecuniaria utilitate, quæ in foro consideratur, loquamur. Nam aliter in societate hominum multa evenire possunt, ut non minoris amicum quam nos ipsos locupletari æstimemus, quod humanitati maxime est consentaneum. Proinde non est juris naturæ illa ratio, tametsi nec evertat jus Naturæ, ut recte probat T. Faber *di p. anniv.* 18. *th. ult.* sed mere positiva & civilis; cui ex antiquitate addendum videtur, Dominium per actus juris Quiritium non transferri, nisi per mancipationem, aut in jure cessionem, quarum neutram sine præsentia ipsius adquirentis peragi potuisse, constat ex Ulpiano *tit.* 19. uti nec cretio hereditatis per alium fieri poterat. *l.77. ff. de R.J.* Hinc sero admodum est receptum, ut actiones per ministros inferre vel suscipere liceret, quod in *tit. Inst. de iis per quos agere possumus* traditur, cum olim non liceret, nisi cum litigantes prorsus inhabiles ad personales functiones erant, ut populus, pupilli, servi. Ita nec Dominium per alios adquiri potuit, quam qui plane dominii incapaces erant, ut servi & filiifam. Utrique enim non modo quod ad corpora, sed res etiam ac bona, erant in potestate & ditione aliorum, non modo servi, inquam, sed & filii respectu Patrum, ut Dionysius Halicarn. *lib.* 8. testatur; ubi probaturus falsum esse, quod Cassius a Patre ob affectatam tyrannidem supplicio affectus fuerit, ostendit, eum prorsus non fuisse filiumfamilias, ex eo quod bona ejus publicata tradantur: At, inquit, filiusfam. nihil bonorum, nihil proprium habere poterat. Quare si quid in filium vel servum transferretur, cum adquisitio in ipsorum personis consistere non posset, necessario dominium patri, vel hero cedebat. Hinc Imperator *in princ. hic.* adquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed & per eos quos in potestate habemus, scribit; olim quidem indistincte tam per liberos quam servos, donec in liberis peculiorum discrimen receptum est.

2. (b) Nam ante Cæsares satis constat, peculia liberorum, ut servorum, una atque simplicia fuisse. Peculium autem est, pusillum filiif. & servi patrimonium. Antiquitus omnia bona vocabantur *peculium*, a pecudibus, in quibus universa veterum substantia constabat, ait Servius ad *Ecl. Virg.* 1. Imo τὰς οὐσίας ἄχρι νῦν ἀπὸ τῶν προβάτων Πεκούλια καλοῦσι, *Patrimonia adhuc hodie peculia ab ovibus appellantur*, ait Plutarchus in *Public.* exemplum in *l.16. pr. ff. ad Sc. Trebell.* ut pecunia in *l.5. pr ff. de V.S.* Sed quia verbum est ὑποκοριστικόν, ut ait JC. in *d.l.16.* ideo patrimoniolis filiorum ac servorum inde jam olim applicitum fuit. Sic Livius *lib.2.* & Plin. *l.24. c.* 4. ex peculio Sp. Cassii signum Cereri consecratum tradunt, (unde refelli posset Dionysii argumentum, de quo modo.) Patres enim & Domini, ut per liberos atque servos opes augerent, si qui diligentiores ex iis viderentur, hos pecuniis, armentis, mercibus instruebant, ut pascendo, negotiando, vel artificio aliquo facerent lucrum. In quam rem Varro *l.1. de R.R.* monet, dandam esse operam, ut servi *habeant peculium, quo alacriores fiant.* Hujus quidem aliquando libera administratio ipsis concedebatur, ut contrahere, novare, & omnia quæ domini possent, *l.ult. princ. ff. de Novat.* non tamen donare, nisi ex singulari causa, *l.7. ff. de donat.* proprietas enim & fructus patris erant ac dominorum. Quin etiam Patribus omnia cedebant, quæ liberis successione materni generis aliave prospera fortuna obveniebant, ut probatur ex §.1. *h.t. l.6.* §. 2. & 3. & *l.* 79. & *l.92. ff. de Adquir. vel omitt. hered.* Verum Alciatus 4. *parerg.* 3. contendit, jam antea jure ff. a D. Marco fuisse constitutum, ut bona materna liberis ipsis quærerentur. Sed hoc parum liquet. Nam etsi ex Capitolino constet, Marcum tulisse leges de bonis maternis, tamen quæ & quales fuerint, non memorat, & verba de SCto Orphitiano intelligi possunt: præter quam quod Paulus & Ulpianus in citatis textibus contrarium scripsere, qui post Marcum vixerunt; neque satis probat, quod ait, ex *l.22. ff. de inoff. test. l.pen. ff. ad SC. Tertyll. l.* 1. *C. Qui admitti ad bon poss.* & *l.* 6. *C. de bon. quæ lib.* denique nec §.2. *h.* quæ agnoscit res quæ olim adquisitionem paternam effugiebant, Nam hæc de jure non Digestorum, sed quod vetustius ævo Justiniani sit, facile intelliguntur, quo spectant leges 1. 2. & 4. *C. de bon. quæ lib.* Varii enim Imperatores alia & alia bona Patribus subtraxerunt, donec Justinianus distinctionem, quæ nunc obtinet, absolvit.

3. (c) Peculium enim filiifamilias duplex omnino traditur, *Paganum* vel *Castrense*. Paganum

(b) *Pos.* 2. 3. *juncta* 8. 9. (c) *Pos.* 4. 5. 6. 7.

Digitized by Google

num rursus duplex, profectitium vel adventitium. *l.ult.C. de inoff. test.* Profectitium vocatur quod ex re & substantia Patris proficiscitur. §.1 *h.t.* Adventitium, quod non a Patre, sed aliunde advenit ex successione materna, liberalitate fortunæ aut hominum, denique propriis laboribus, *l.6.C.de bonis quæ lib.* nisi cum operam filius profectitiis rebus adhibuit easque per industriam auxit, vel si quis Patri donaturus filio dederit; talia enim profectitia censentur, *arg l.5.§.2.ff.de jure dot. & l.45.§.ult.ff.de Adquir. vel omitt. hered.* ut etiam, si quid filius stipuletur ex causa profectitia; nam id Patris pleno jure fit. §.1 *h.t.d.l.6. & §.1. Inst.Per quas person.nob. oblig. adquir.* Peculium adventitium quæque ejus occasione adquiruntur, quod ad proprietatem attinet, sunt liberorum, ususfructus ad Patrem spectat, cum jure administrandi pleno & dominii proximo, de quo dictum *supra lib.1.tit. 9. n. 2. l. 6. C. de bon. quæ lib. Nov. 22. c. 34.* Sunt tamen, præter castrensia & quasi-castrensia, quædam alia conditionis alioquin adventitiæ, quæ pleno jure liberis adquiruntur, ut quæ relicta sunt liberis, sub conditione, ne pater usumfructum habeat, *Nov. 117. c.1. in pr.* & alia plura, quæ in Pandectis memorabimus. Denique castrensia utraque sunt adeo plene filiorumfam. ut tam inter vivos quam mortis causa de iis libere disponant. *pr.Inst.quib.non est perm. fac. testam. d. l. ult. C. de inoff.* Est autem castrense peculium, quod milites in sago lucrantur, ἐκ σιδήρου καὶ ὅπλων περιελθόντα, ut ait Glossar. *ferro & armis quæsita*, de quo vid. *pr. Inst. Quib. non est permiss. fac. test.* Quasi castrense vocatur, quod in toga adquiritur a Magistratibus, Professoribus, Advocatis, de quo in §. *ult. de milit. testam.*

4. (d) Igitur amplum jus est Patrum adversus liberos, in potestate dum sunt, & verendum erat, ne non difficulter hoc jus dimitterent liberosque raro emanciparent, uti tunc omnia sibi vindicaturos. Αὐτοὶ γάρτινα, *Solent enim ægre ferre homines*, ait Theoph. οὐχὶ οὕτω τὸ μὴ κτηθὲν, ὡς τὸ μετὰ τὴν κτῆσιν ἀφαιρεθὲν, *non tam quod nunquam habuerint, quam quod aliquid nacti perdiderint*. Ideo parentibus in præmium emancipationis Lege Constantini dabatur tertia pars bonorum filii adventitiorum, quod Justiniano visum est ἀπάνθρωπον, *incivile*; ideoque pro triente proprietatis dedit partem dimidiam ususfructus, quo & Patres plus haberent, pro triente semissem, & filii integram proprietatem conservarent. §.2. *h.* Atque hoc ipso jure, licet Pater nihil in emancipando sit pactus, obtinet; sed renuntiare, si velit, filioque suum jus donare non prohibetur, *d. l.6. §.3. C. de bon. quæ lib.* quæ tamen vera donatio (illicita inter Patrem & filium, *l. 1. §.1. pro donato.*) non est; neque enim alienat, qui occasione adquirendi non utitur *l.6.pr. ff. Quæ.in fraud. credit.* Cæterum, in tacita emancipatione, quæ fit hodie per nuptias, non retinet Pater dimidium ususfr. quia novi patresfamilias suis bonis ipsi integris adornandi sunt, idque ita servatur *omni die*.

SCHOLIUM.

Et jure Saxonico, si filius separatam œconomiam instituat. Nam & tunc pater omnia adventitia, non retenta dimidia ususfructus, restituere filio tenetur. * Noric. ad §. 2. h. t.

5. (e) In adquisitione dominorum per servos, ratio juris Romani simplicior est. Nam cum unum duntaxat eorum sit peculium, quicquid illi ex qualibet causa adquirunt, id confestim ἐν ἀτόμῳ, fit dominorum, quia proprietas in illis ne momento quidem subsistere potest. Sed interest aliquid inter causas dominii particulares atque hereditatem. Nam ex illis, ut est stipulatio, donatio, legatum, dominis vi & potestate juris adquiritur ignaris atque invitis §. 3. *h.t.l.32.ff.de A.R.D.* nec modo si lucrativus, sed & si onerosus sit titulus; ut est emptio, vel mutuum, quia dominus concedendo peculium jus tales ineundi contractus servis pariter dedisse videtur; unde sequitur, ultra quantitatem peculii, dominum ejusmodi obligationibus non adstringi, in quem finem comparata est actio de peculio, *de qua in loco*. Sed hereditatis aditio cum excedat peculii administrationem majorisque sit præjudicii, placuit eam non nisi jussu domini procedere. §. 3. *h.t.l.10. §.1. de A. R. D.* Porro, quia nec possessio civilis servo convenire potest, ut dictum *supra*; ideo quicquid juris in possessione est, id continuo in Dominum transit, §. 3. *in fin. h.t.* ubi exemplum usucapionis & longi temporis possessionis. Dicitur quidem possessio facti esse, in *l.1.§.3.& 4.ff. de Adquir. vel amitt. poss.* & servos ea, quæ facti sunt,

(d) *Pos.* 9. (e) *Pos.* 2.

* *A.P.2. C.10.* LR. *L.1. a.11.* conf. præter *Noricum* a Thomasio citatum, Carpz. *p.2. C.10. d. 5.* & Colerum *dec. 41. n. 8.* Schopffer *ad ff. tit. de ususfruct. n. 9.* In formali autem emancipatione, Patrem ususfructus dimidium etiam hodie apud nos retinere, affirmat Hopp. *ad §. 2. I. h. in Us. hod. conf.* Struv. *S. J. C. Ex 12. th. 5.*

sunt, non transmittere in dominos. §. 2. *I. de stipul. serv.* At hoc de possessione, quatenus naturali apprehensione adquiritur, verum est; sed & multum eam ex jure mutuari scriptum est in *l.* 49. *fin. pr.* & §.1. *ff. eod.* Proinde ignorantes quoque & inviti per servos domini possessionem adipiscuntur, si causa possessionis ex peculio sit orta, quia concessio peculii pro voluntate sufficit; at extra peculii rationem possessio servi est factum inutile, nihil ad Dominum pertinens. *l.* 1. §. 5. (*ubi idem de filiofam.*) *l.*44. §.t. *ff. de Adquir. vel amitt.poss.* Unde sequitur, nec Dominium, quoties per traditionem & possessionem transfertur, extra causam peculiarem ignorantibus adquiri.

6. Per servos usufructuarios & bona fide possessos, placuit duabus ex causis nobis adquiri, suis ex operis & ex re nostra. Fructuario enim debentur operæ jure proprio, bonæ f. possessori ad instar fructuum fundi: Lucrum vero ex propria substantia, ut si usuras pecuniæ suæ percipiant, neutri invidendum. §.4. *h. t.* Unde etsi nominatim servus ex his causis Domino vero stipuletur; ipsi quidem adquiritur, *l.* 37. §. *pen. de A. R. D.* sed dominis condictio ad recuperandum datur *l pen.ff.de Stipul.serv.* Extra illas causas servus proprietario vel sibi cum liber esset & bona fide servit, dominium parat, *l.* 10. §.3.*ff. de A.R.D.*nisi constet, eum contemplatione nostri heredem institutum, vel legato aliave liberalitate auctum: tunc enim nobis nostroque jussu adquirit, *l.*21.& *seq.ff.de Usufr.* non quasi opera sua, (nam hereditatis aditio non est in operis, *l.* 45. *pr. ff. de Adquir. vel amitt. hered.*) sed quasi ex re nostra. §. *ult. d. l.* 45. Atque hactenus bonæ fidei possessor & fructuarius comparantur in §. 4. *h. t.* Differentiæ alioqui satis sunt notæ; unum hic obiter discrimen memoratur, quod bon. fid. possessor servum, contra quam fructuarius, usucapere possit, tam, quoniam ille scit servum esse alienum, quam quia non possidet, scilicet civiliter ψυχῇ δεσπόζοντος, ait Theoph. *hic.*

7. (f) Atque ita se habet adquisitio per eos qui sunt ipsi prorsus incapaces dominii nobisque subjecti: [illegible] Romani, quod alii per alium adquiri nequeat. Ratio tamen commercii expressit, ut ab hac rigida subtilitate JCti ad promiscuam utilitatem deflecterent & vicariam adquisitionem per circuitum stabilirent. Intellexerunt enim, possessionem, ut facto & naturali apprehensione constantem, posse per extranei hominis operam rite nobis adquiri, & cum possessio sit via per quam itur ad dominium, sic mediate dominium per alium conciliari, scilicet, per Procuratorem. §.5.*h.t.* *l.* 20. §. *ult.* & *l.* 53. *ff.de A. R. D.* Atque ita facilius dominium quam obligatio per procuratorem adquiri potest, siquidem hæc non aliter domino ad actionem prodest, quam ex mandato procuratoris, in cujus persona jus obligationis hæret, *l.* 49. §. *ult.ff.de Adquir. vel amitt. poss.* Additur ibidem, in *d.* §.5. *h.* quod & Dominis ignorantibus procuratores adquirant, scilicet τὰ καθ' ἕκαστα, circumstantias singulares ignorantibus; nam mandatum præcedens qualemcunque scientiam præsupponit. Usucapiendi tamen conditio, quam similiter possessio procuratoris præstat, si rem non a domino acceperit, certam procul dubio scientiam requirit. *d.l.* 49. §.*ult.*& *l.*47.*ff.de Usucap.* Quod si Procurator hac mente rem ab alio acceperit, ut sibi vel tertio non mihi adquireret, etsi tradens mihi quæsitam voluerit, nihil tamen adquiram, *l.*1.§.19.*ff. de Adquir. vel amitt.poss.* modo id præ se tulerit atque expresserit; nam tacita cogitatio rem sibi adquirendi, cum a me haberet mandatum, nihil operatur: quomodo conciliari posset *l.*13.*ff. de Donat.* cum *d. l.* 1. §. 20. (1) Cæterum probe notandum, eos, qui per nuntios adquirunt, non tam per alios quam per semetipsos adquirere censeri, non secus quam si rem per literas expedirent. Neque enim ut procurator ita nuntius ipse adquirit; sed adquirentibus nobis ministerium præstat.*l.*14. §. *ult.* & *seq. ff.de pecun. constit.* Moribus hodiernis, ut obligatio immediate per alium cui mandatum dedimus in nos transit, ita nec dubium est, quin idem de dominio intelligatur. Groenew. *ad l.*1. *C. h.t.*

(f) *Pos.* 12.

(1) *Eleganter hos textus conciliat Barth. Chesius interpret.* lib. 1. cap. 32.

Digitized by Google

TIT. X.

De Testamentis ordinandis.

I. Modi adquirendi per universitatem & specialiter per Hereditatem. II. Testamen. factionem esse juris Gentium. III. Definitio Testamenti explicata. IV. Historia testamentorum apud Romanos. V. De testamento per æs & libram. VI. De forma testandi prætoria. VII. De novissima testamenti ordinandi ratione. VIII. Primum testam. requisitum, unicus contextus: ubi, an testamentum recipiat contractum. IX. An donationem mortis causa recipiat. X. A quo tempore initium capiat unitas contextus. XI. Secundum testam. requisitum, numerus septem testium. XII. Specialia testamenti scripti requisita. XIII. De qualitate testium & qui testes esse prohibeantur. XIV. Quo tempore illa qualitas in testibus requiratur. XV. Domesticos testatoris non posse esse testes. XVI. Heredem non posse, sed legatarios recte adhiberi testes. XVII. Testamentum Notis exarari non posse. XVIII. De pluribus tabulis ejusdem testamenti. XIX. An in iisdem tabulis plurium testamenta scribi possint. XX. De testamento nuncupativo.

(a) POstquam modi res singulas jure Gentium adquirendi omnes & juris civilis duo sunt explicati, transit Imperator ad adquisitionem universitatis, & TESTAMENTI jus enarrandum; postea dicturus de legatis & fideicommissis, quæ testamento relinquuntur. Species autem adquirendi per universitatem, jure antiquo plures fuere, quorum quidam Justiniani ævo jam pridem exoleverant; omnes, una excepta, nostris temporibus ignorantur. Nam olim universitas bonorum quærebatur hereditate, agnitione bonorum possessionis, arrogatione, addictione bonorum libertatum causa, §. *ult. Inst. per quas pers. cuique adquir. tit. Inst. de success. subl. quæ fieb. per bon. vend. & ex SCto Claud.* item successione per venditionem bonorum debitoris, redactione liberæ mulieris, quæ servili adulterio se maculasset, in servitutem, conceptione seu conventione uxoris in manum mariti, de quibus vide Contium 1. *disp.* 12. Quibus accessit fisci successio in bona damnatorum, & heredes nullos habentium, *l.* 1. *& h.t. ff. de jure Fisci.* item ingressus in monasterium. *N.* 5. *c.* 4. *Auth. ingressi. C. de SS. Eccl.* Præcipua species & prope unica nunc usum habens, (siquidem bonorum possessio in effectu nihil ab hereditate differt, *l.* 119. & *l.* 138. *ff. de V. S.*) est Hereditas, de cujus definitione abunde diximus *ad tit. de reb. corp. & incorp.* Hoc addi aut reponi vult methodus; Hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit. *l.* 24. *de V. S.* & *l.* 62. *de R. J.* Successio est facultas successione adquisita, & *universum jus*, materia subjecta hereditatis, continens tam jura quam corporalia, quæ in bonis & quæ ex bonis, & quorum non modo proprietas, sed & emolumentum, usus, aut periculum, ad defunctum spectavit, *l.* 18. *in fin. cum ll. seqq. ff. de Hered. petit.* (b) Quemadmodum autem in particulari adquisitione *causas a modis* adquirendi distinximus, sic etiam hereditatis adquirendæ videntur aliæ esse *causæ* & alii *modi*. Causæ sive tituli sunt per quos defertur hereditas eo mortuo, cujus de bonis agitur; atque illi duo sunt, Testamentum & Lex; unde duplex successio, ex testamento & ab intestato, quarum prior & præcipua testamentaria habetur. Tralatitium enim est, quamdiu successor ex testamento speratur, ab intestato heredibus locum non dari. *l.* 39. *ff. de Adquir. vel amitt. hered.* Quin lex quasi præsumpto testamento, hereditatem ad eum defert cui defunctus eam destinasse creditur, sanguine scilicet proximo, quem naturæ ductu carissimum habuerit, quod esse fundamentum successionis legitimæ apud Romanos, constat, & docet Grotius 2. *de J. B. & P. c.* 7. *n.* 3.

2. (c) Naturali juri consentaneum esse, ut voluntas domini, rem suam in alium transferentis, sit rata, monet Imp. in §. 40. *supr. de R. D.* Alienandi jus ex potestate Dominii oritur, quæ in ultimo vitæ articulo non minor est quam antea. Hinc Plutarchus in *Solone*, ubi narrasset, illum Atheniensibus dedisse liberam testandi facultatem, addit apposite ad hanc rem; τὰ χρήματα κτήματα τῶν ἐχόντων ἐποίησεν, *effecit, ut res sua cuique propria & in potestate esset*, nullo id alio probans argumento, quam quod eos testari permisisset. Igitur cum testamentum nihil aliud sit, quam alienatio in mortis eventum; sequitur, ius condendi testamenti,

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. 4. (c) *Pos.* 5.

ti, non modo ex æquitate, sed & necessitate descendere naturali: verumque esse, quod in *l.* 1. *C. de SS. Eccl. Imp. Nihil enim est*, ait, *quod magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis, postquam aliud velle non possunt, liber sit stylus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium*. Ex naturali ratione derivatum hoc institutum, in mores & jus Gentium abiit, quarum plerasque voluntates ultimas recepisse, ac etiamnum usurpare, probat Grotius *l.* 1. *c.* 3. §. 12. *a med. & l.* 2. *c.* 6. §. *ult. & in notis*. Tametsi verum sit, non ubique eandem fuisse testandi libertatem, ob politicas rationes, de quibus vide Bodinum 5. *de Rep. c.* 2. Proinde naturali ratione consentaneum esse condere testamenta, pluribus probat Balduinus in *προθεωρ. ad hunc tit.* attamen quia nulla pars juris communis præ hac Testamentaria Legibus Romanis Edictisque Prætorum magis aucta & exculta est, mirum videri non debet, quod jus Testandi frequenter legibus & juri civili adscribatur. *l.* 120. *& l.*130. *ff. de V.S. l.*3. *ff. Qui testam. fac. pos.* Ex ratione *l.*5. *ff. de J. & J.* sensu quoque proprio, dicitur esse publici non privati juris factio testamenti, qua de re *dix. part.* 2. *Digress. lib.* 1. *cap.* 21. (1).

3. (d) Appellatur ex eo Testamentum, ait Imperator *pr h t.* quod testatio mentis sit, secutus in eo Servium Sulpicium, quem hoc nomine Gellius reprehendit 6. *Noct. Att.* 12. Verum nec finitionem scil. nec etymologiam ibi veram, sed allusionem Cæsar venustam reique declarandæ non ineptam tradidit, cujusmodi crebras cum aliis scriptoribus ipsi habent JCti. Nam non tantum Augustino ac Prisciano *mentiri* est contra *mentem ire*, *& argumentatio*, *argutæ mentis oratio*: sed Paulo quoque & Labeoni verborum & etymologiarum peritissimo, teste Gellio, *possessio* dicitur *sedium positio*. *l.*1. *ff. de Adquir. vel amitt. poss. Novatio nova obligatio* apud Ulpianum *l.*1. *ff. de Novat.* & id genus alia passim. (2) Modestinus Testamentum definit, quod sit, *Voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. l.*1. *ff. qui test. fac. poss.* Sunt qui testamentum in genere acceptum, omnem ultimam voluntatem adeoque & codicillos, de quibus *infra*, denotare volunt, idque ex definitione Modestini & Justiniani in *d. l.* 1. *& hoc pr.* probat Vir Cl. in *Exam. ad tit ff. qui test. fac* Sed hoc cum usu juris pugnare manifestius est, *quam ut probatu sit necesse*, verba sunt Viglii *ad pr. h.t. n.*21. Idem ut Modestini definitionem a codicillis alienam ostendat, per *justam* voluntatem intelligit *solennem*; cujusmodi non esse codicillos, affirmat Justinianus in §. *ult de Codic.* atqui sæpe vox *justum* nihil aliud quam legitimum significat; exemplo sunt Nuptiæ, de quibus Justinianus in *pr. de Nupt.* Iustas, inquit, nuptias inter se cives Romani contrahunt, *qui secundum præcepta legum coëunt*; ut autem testamenta secundum regulas juris civilis fiant, requisitum indubitatum est in *l.* 4. *ff. Qui test. fac. poss.* Nec tamen non verissimum est, voce *justa* intelligi quoque *solennem*: nam in Rubrica de injusto, rupto testamento, *injustum* explicatur in *l.* 1. quod non est jure factum, id est, ubi *solennia* juris defuerunt; ideoque justum necessario, ubi adsunt *solennia*, sit oportet, & cum nihil in toto jure tam sit solenne quam testamentum, quid vetat, eam hic interpretationem recipi, quæ efficax nec otiosa est? Uti foret, si nihil quam legibus conforme significaretur, cujusmodi omnia juris instituta habentur. Quid multis? Denotet igitur *justa* voluntas legibus conformem; illa conformitas maxime in solennibus consistit, ideoque non potest justa, non potest legitima voluntas, nisi quæ solennis est, condi: ut adeo, velint nolint, per *justam* dissentientes solennem agnoscere cogantur. Atque ita vox *justa* tam solennem quam legibus conformem significabit. Quod autem plurale verbum *nostræ* habetur in definitione, cave putes, duos in eodem testamento posse testari: sed intellige sis, *cujusque nostrum*; qua de re dabitur *inferius* agendi locus. Ultima verba, *de eo quod quis*, sunt indefinite & universaliter accipienda, ut intelligamus, latissimam potestatem tribui testatoribus quidquid voluerint disponendi, *l.*120. *ff. de V.S.* modo regulæ juris observentur, quas nulli, tametsi leges adversus moribundos sint indulgentissimæ, negligere, aut abolere fas est *d.l.* 120. *ff. de V.S.*

4. (e) Post definitionem non potest præteriri, quod Iustinianus ex Antiquitate de usu ac forma Testamentorum censuit præmittendum: κἂν ἡ τούτων ἄγνοια μηδένα φέρει κίνδυνον, ait apposite Theophilus, *etiamsi talium rerum ignorantia nullum adferat periculum*. Tamen cum historiæ cognitio per se dulcis ac utilis habea-

(d) *Pos.* 6. 7. 8. & 9. (e) *Pos.* 10. 11. & 12.

(1) *Cum Grotio docet hic Auctor, testamenti factionem esse juris naturæ, quodque nihil aliud sit testamentum, quam alienatio in mortis eventum, &c. Sed hanc sententiam solide refutavit Henr. De Cocceji in comment. ad Grot., quem vide. Adde dissertat. Christ. Thomas. de orig. success. testament. & Hein. in not. ad Vinn. pr. h. t. n.* 3. *& in prælection. ad Grot.*

(2) *Has allusiones Stoicas esse, recte observat Hein. in not. ad Vinn. pr. h. t. n.* 1.

habeatur, licet rerum nihil ad nos pertinentium, quis gravetur memoriam paucis de arte sua antiquitatibus applicare? Præsertim cum nec periculo, quidquid Theophilus, eorum inscitia careat. Vix enim juris novi rationes cuiquam exacte constabunt, nisi originem atque progressum juris vetusti exploraverit: quod exemplo historiæ Testamentariæ hoc loco, & Fideicommissariæ *infra*, luculenter apparebit. Sciendum igitur est, Juris Testamentarii apud Romanos quatuor observationes diversis obtinuisse temporibus. Prima & vetustissima in duplici erat differentia; nam aliter domi, aliter militiæ prisci Romani testabantur. Domi & in pace coram universo populo, ad comitia per lictores, cornicines & præconem convocato, voluntatem suam declarabant, quod testamentum *Calatis comitiis* dicebatur; nam calare a Græco καλεῖν, *vocare* significat. Altera species, Testamentum *in procinctu* dicebatur, non *procinctum*, ut Theophilus compendiose, sed parum Latine; tametsi non putarit, procinctum esse epitheton ipsius testamenti, ut ei Vinnius imputat, quia mox ait, τὸ ὄνομα δεξάμενον ἐκ τοῦ σχήματος, ὅπερ ἔχοντες διετίθεντο *nomen esse deductum ex habitu, quo induti testabantur*; quam explicat Plutarchus in *Camillo*: Morem fuisse apud Romanos, cum milites in acie starent, εἰς τάξιν καθιστάμενοι, saga se præcingere, περιζώννυσθαι τήβεννον, & coram testibus tribus vel quatuor, (τριῶν καὶ τεττάρων, ait Plutarchus, trium & quatuor, qui sunt septem, numerus solennis, sed καὶ pro ἢ procul dubio sumendum) heredes sibi nuncupare, ὀνομάζοντες τὸν κληρονόμον, ita ut testamenta in procinctu fuerint nuncupativa, διαθήκας ἀγράφους *testamenta non scripta*, dixerat ante paulo. Ex quibus verbis apparet, jam olim milites Romanos, ubi in hostem exiissent, habuisse potestatem quovis modo disponendi, quod privilegium perpetuo mansit ac etiamnum superest, quemadmodum mox videbimus; etiamsi vetus forma testamentorum in procinctu, jam tempore Ciceronis dudum obsoleta fuerit, ut testatur in *lib.* 2. *de Nat. Deor.* Sed & institutum calatis comitiis testandi, jam olim, ut nimis solenne molestumque, (cujus non semper copia feminisque comitiorum expertibus nunquam dabatur) est abolitum; maxime, postquam alia compendiosior ratio inter cives Romanos invaluit, quæ *per æs & libram* dicebatur, de qua Imp. in *h.* §. 1. & quam eleganter explicat Theophilus.

5. (f) Ulpianus *tit.* 20. §. 9. actum testandi per æs & libram, duabus constare partibus memorat, *familiæ mancipatione & nuncupatione testamenti*. Mancipationem refert idem, *tit.* 19. §. 3. fieri solitam *certis verbis*, *libripende & quinque testibus præsentibus*, per quam fiebat alienatio inter vivos, adeoque ipsa venditio; coram illis enim emptor ære appenso rem, ut soluto pretio emptam, adquirebat, & quidem cum effectu plenissimo dominii Quiritarii. Idcirco ut dominium quoque a Testatore in heredem optimo jure transferri videretur, placuit veteribus ritum adhibere emancipationis. (3) Hinc est, quod in testamento per æs & libram, adhibiti dicuntur quinque testes puberes cives Romani, cum libripende; & quemadmodum in emptione ordinaria ipse emptor aderat, ita in testandi actu, Familiæ, id est, hereditatis emptor, septimam personam, juxta libripendem & quinque testes referebat. Is familiæ emptor, olim erat ipse heres, ut Theophilus affirmat, quod nescio an alibi usquam sit scriptum; Ἐκεῖνος, inquit, ὃς ἔμελλε γίνεσθαι διάδοχος τοῦ τελευτήσαντος, ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτᾷν περιουσίαν. *Is, qui heres futurus erat morituri, substantiam ejus emebat*, uno nummo, quasi pretio, a libra appenso. Sed erat venditio hæc τυπική Theoph. *imaginaria*, ut Justinianus, quoniam omnes norant, agi de successione post mortem, non de venditione inter vivos: Sed quia mancipatio erat causa dominii perfectissima, speciem ejus huic negotio applicuerunt, ne quid pleno heredis dominio deesse videretur. Quoniam autem familiæ emptor, ipse heres futurus, tali mancipatione dominium, quod post obitum testatoris demum sperare debebat, quasi a vivo jam accepisse videbatur, facile ex tam præsenti translatione in eam opinionem transibat, ut hereditatem habere, quam expectare mallet, atque ita ἐπεβούλευε τῷ δεσπότῃ τῆς περιουσίας, *insidiabatur* testatori; qui dum viveret, erat dominus bonorum. Quod periculum ut evitaretur, mos invaluit, ut non ipse heres, sed alius familiæ emptor imaginarius heredem repræsentans adhiberetur. Hæc admodum διηγητικῶς & concinne a Theophilo narrantur. Quando autem illa mutatio contigerit, nemo facile dixerit; siquidem vix est, ut quisquam hujus muta-

(f) *Pos.* 13.

(1) *Veram rationem cur Romanis placuerit hic ritus in condendis testamentis, paulo altius repetendam esse, ex Bynkersh. obs.* lib. 2. cap. 2. *recte notat Hein. in not. ad Vinn.* §. 1. h. t. n. 2.

mutationis omnino veteres inter mentionem fecerit; adeo ut Hotomannus parum fidei Theophilo deferendum putet. Atque ita fuit prima pars actus testamentarii, Mancipatio. Altera apud Ulpianum est, Nuncupatio testamenti. Nam venditio illa per unum nummum erat tantum imaginaria & quasi scenicus actus. Quid autem testator post mortem fieri vellet, quis foret heres, scriptum erat in tabulis *Idia*, *privatim*, *secreto* a testatore compositis. Quas manu tenens ita coram testibus loquebatur: *Hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt*; *ita do*, *ita lego*, *ita testor*, *itaque vos Quirites testimonium præbitote*. Qua contestatione facta, totus actus pro completo habebatur; idque fuit usitatum in pace testamentum, in illius quod calatis comitiis fiebat locum, ut Imperator indicat, surrogatum.

6. (g) Cæterum, imaginaria illa bonorum venditio paulatim magna ex parte, etiam inter veteres, abiit in desuetudinem, ut est in *fine* §. 1. Quare Prætor, cujus officium erat, nimium rigorem vel ineptitudinem juris antiqui corrigere & sæculo adtemperare, edictum proposuit, idque in perpetuam jurisdictionem transivit, daturum se bonorum possessionem (quæ est hereditas prætoria) secundum tabulas testamentorum, in quibus septem modo signa testium ostenderentur, cujusmodi signa in testamento per æs & libram, non requirebantur, ut docet Imperator in *h*. §. 2. quamvis autem post illud Jus prætorium, alia testandi forma sit introducta, quæ exponitur in §. *seq*. manet tamen adhuc illa facilitas Prætoris, qua ex testamento septem testium signis munito, tametsi alia juris requisita desint, dat bonorum possessionem; at sine præjudicio alterius, qui justam rescindendi testamenti causam proferre possit: quod si fiat, impetrata bonorum possessio fit sine re & sine effectu: si non, manet cum re & cum effectu. Hinc adeo testamentum, in quo filiusfam. est præteritus, valet jure Prætorio, sed rescinditur per bonorum possessionem contra tabulas. § 12. *I. de hered. quæ ab intest*. Quod si filius adquiescat, manet bonorum possessio penes scriptum heredem. *l*. 17. *de injusto rupto irr. testam*. Nec aliter in exheredato aliisque obtinere videbimus *infra*.

7. (h) Porro cum testamenta per æs & libram paulatim obsolescerent, Prætorumque nimis soluta ac facilis observatio videretur: atque omnino progressu temporis civile jus & prætorium in mutuam consonantiam jungerentur, novissime testamenti ordinandi ratio, partim nova, ut Imp. ait, partim ex antiquo jure Prætorio vel civili stabilita est, quam etiamnum observamus. Scilicet, duplex omnino Testamentum usurpatur, *Scriptum*, cujus solemnitas scriptura, & *Nuncupativum*, quod viva voce perficitur. Requisita Juris ad ordinationem eorum necessaria sunt vel communia utrique, vel specialia singulorum. Inter communia primo ponitur heredis institutio; at hæc potius est forma quasi substantialis testamenti, §. 34. *I. de Legatis*, imo ipsum testamentum, quod tribus verbis, *Titius heres esto* constare potest. *l*. 1. §. 3. *ff. de Hered. instit*.

8. (i) Primum igitur inter generalia requisita est, ut testamentum fiat uno contextu. Per quem duæ res significantur, continuitas temporis, & uniformitas actus. *l*. 21. §. *ult*. *ff. Qui Test. fac. poss*. *l*. 28. *C. de Test*. Continuitas postulat, ne testandi actus interrumpatur, nec, priusquam plane sit absolutus, testes digrediantur, *h. t. l*. 28. nisi cum substitutio pupillaris testamento inseritur; Etenim *quia tunc* duplex quodammodo testamentum videtur, nihil obstat, quo minus Pater hora prima sibi, secunda filio scribat heredem. *l*. 16. §. 1. *ff. de Vulg. & pup. subst*. Imo etiam sibi scripto designare, filio viva voce nuncupare potest heredem, *l*. 20. §. 1. *eod*. quod alioqui uniformitas actus non pateretur; quemadmodum hoc nomine arcentur a Testamento cuncta, quæ ab ultimis voluntatibus aliena sunt, inter quæ procul dubio Contractus numerantur, *l*. 20. *ff. de V. S*. ut plumribus confirmat Viglius *ad* §. 3. *h. t. n*. 5. *aliique passim*. Neque enim fas est in testamento quicquam præter voluntatem Testatoris declarari, cum contractus non aliter quam duorum voluntate perficiantur. In testamentis ambulatoria semper est voluntas, *l*. 4. *ff. de Adim. vel transf. leg*. in contractu quod semel placuit, immutabile est, *l*. 5. *C. de O. & A*. & est perpetua toto jure differentia inter actus inter vivos, ultimasque voluntates. Ideoque, si Testator in ipso actu testandi aliquid emat, vendat, aut locet uni ex testibus vel præsenti vel per procuratorem, Testamentum non valere dicemus: quia verum non est uno contextu id esse factum. Quod si in ipso testamento scriptum reperiatur; testatorem vendere fundum Cornelianum Titio mille aureis, de quo pretio antea tractaverant sed convenire non potuerant; neque venditionem hanc esse statuemus, quæ non mutuo consensu facta est, neque testamentum vitiari, quo-

(g) *Pos*. 14. (h) *Pos*. 15. (i) *Pos*. 16. & *seqq*.

Digitized by Google

quoniam unitas contextus per ejusmodi declarationem non vitiatur: imo nec absurdum videtur, si Titio placeat conditio, quin post obitum testatoris, oblatis mille aureis, petere possit fundum, quasi reliquo pretio ipsi legato. Sane si testator contractum in testamento prius cum alio celebratum professus sit, dubium non est, quin heres ad eum implendum teneatur per *l.37. §.5. ff.de leg.* 3. Quaecumque porro declaratione solius Testatoris constant, etsi contractibus similia, recte in testamentis fieri videntur, qualis est divisio rerum communium *l.32. ff. Famil. ercisc.* talis etiam est assignatio liberti in *l.1.§.3. ff.de Adsign. lib.* cum testator libertum, qui communis heredum futurus erat, uni ex illis ad jus Patronatus praestandum addicit. Talis est constitutio pignoris, in *l.26. ff.de pignerat. act.* ubi nihil agit testator, quam quod onus rei suae pro securitate creditoris imponit, perinde ac si servitutem in re sua constitueret. Nec diversum est in *l.36. ff.de ritu nupt.* juncta *l.12. ff.de Sponsal.* ubi Pater non despondere, sed destinare filiam nuptiis, suamque de iis voluntatem duntaxat explicare dicitur.

9. (k) Sed an Donatio mortis causa, quae per conventionem solam, aut cum traditione conjunctam perficitur, in testamento fieri non potest? Viglius id loco citato negat, neque se usquam in legibus scriptum invenisse profitetur: textus enim, quem vulgo citant, ait, in *l.11. ff.de Inoff.test.* nihil ad hanc rem pertinet. Videtur hoc tamen perspicuo indicare Marcianus in *l.25. pr. ff.de m.c. Donat.* ubi, *Tam is qui testamentum facit quam qui non facit mortis causa donare potest*. Verum hic locus vel sic potest intelligi, ut JCtus doceat, eum, qui jus testandi habeat & qui non habeat, mortis causa donare posse, quia mox subjicit, filiumf. qui testari, ne quidem patre consentiente, potest, mortis tamen causa ex Patris voluntate posse donare. Vel hoc modo; donationes mortis causa vel testato fieri, vel ab intestato; quemadmodum de codicillis traditur in §. 1. *I. de Codicill.* qui tamen propterea, cum testamento interfacto conduntur, cum testamento non confunduntur. Et ex *l.ult. C. de donat. c. m.* nihil aliud colligi potest, quam donationem mortis causa speciem ultimae voluntatis esse, distinctam a codicillis & testamento. Plane si quis in testamento declaret, se donare fundum Titio, quominus voluntas ea valeat ac a Titio deinde acceptetur, nihil video quid obstet; cum fit ultimae voluntatis declaratio, sine mutui consensus interventu. (l) De praxi hodierna quidam testantur, contractus posse nunc testamentis inferi. Peckius 1. *de testam. conjug.* 43. *n.* 7. Mantica *de conject. ult. vol. l.*8. *tit.* 1. *n.*36. Quod alii temperant, si vel contractus quodammodo ad testamentum pertineat, ut Graffus *recept. sent. §. testam. qu.*60. *n.* 2. vel si breviter perfici queat, Schneidew. *ad pr. de leg.n.* 10.

10. (m) Puto ad hujus rei momentum bene dijudicandum facere, ut intelligamus a quo tempore capiat initium unitas contextus & quamdiu illa duret: nam si quis putet, dum scribitur testamentum & testes aliud agentes confabulantur, leges unici contextus esse custodiendas, prohibitio contractus celebrandi, tam inter testes, quam cum ipso testatore late pateret; sed tu ita serva; unitatem contextus incipere ab hoc, *Quando testator scriptas habens tabulas declarat eas sibi esse praelectas, in iis suam ultimam contineri voluntatem, rogatque testes, ut velint attestari*, tum ipse atque testes *signant & subscribunt*, *l.* 28. *C. de testam.* Testamenti autem conscriptio non est pars unici contextus. Sed eam nihil vetat prius atque seorsim fieri, quod & in *l.* 21. *¶. sed licet. d. t. C. de Testam.* scriptum est, usuque omni die observatur; proinde licet interea, dum Notarius scribit, testes digrediantur aut inter se vel cum testatore aliquid contrahant, ea res nihil ad unum contextum facit violandum; sed quando scriptum est, quando suum os aperit testator, dum voluntatem explicat suam; tum vere sibi testes dictum putent, *hoc age*, nec aliud quicquam; adeoque in illis momentis, contractibus extraneisque negotiis abstineant; quam observantiam non esse remotam a civili facultate, res ipsa loquitur; adeoque nihil insolentiae esse videtur in ea sententia, quae statuit, si tum contractus celebretur, corrumpi actum testandi, omniaque esse vitiosa. Non est tamen incivile jus nostrum, neque Diomedeis necessitatibus hominum actiones includit: Proinde si ipse brevis actus ille transversario aliquo naturali aut morboso interrumpatur, id actum testandi non vitiare docet πραγματικῶς & accurate Justinianus in *d. l.* 28. *C. de testam.*

11. (n) Post unitatem contextus, quam ex jure civili antiquo; id est ritu testandi per aes & libram descendere affirmat Imperator, generale Testamenti requisitum est, numerus septem testium; qui unde sit ortus, ex iis quae dicta

(k) *Pos.* 22. (l) *Pos.* 23. (m) *Pos.* 24. 25. 26. (n) *Pos.* 27.

Digitized by Google

dicta sunt, intelligi potuit. Justinianus ait, ex jure Prætorio; sane quatenus omnes illi septem pro testibus habentur; sed alioqui in ipso per æs & libram T. æque septem personas adfuisse, nec aliunde eum numerum a Prætore petitum esse, nobis quidem videtur, ut disseruimus *P.* 1. *Digress. l.* 4. *c.* 33. Sed jure Pontificio, & usu frequentiore populorum, duo sufficiunt testes masculi cum tabellione, vel duo Scabini cum scriba, Grot. 1. *Jur. Holl.* 17. Gudelin. 2. *de jure noviss.* 5. Frisii tamen nostri & testium numerum, & reliqua fere juris Romani solennia servant, teste Sandio *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 4. Stat. *l.* 1. *t.* 16. *art.* 2. Circa (o) testes autem, præter numerum septenarium, singularia quædam requiruntur, primum, ut a testatore specialiter rogentur, supremæ voluntatis, suæ ut testimonium perhibere velint, *l.* 21. §. *pen. ff. Qui testam. fac* ne detineantur inviti, *l.* 20. §. *ult. eod.* & testatorem videant, *l.* 9. *C. de testam.* Denique, uti cum illis sit testamenti factio, qua de re mox pluribus agendum.

12. (p) Specialia scripti testamenti sunt, 1. ut ipse testator testamentum scribat, aut saltem subscribat, vel si nequeat, octavum testem scribendo adhibeat; verum ὁλογράφῳ testamento, quod sua manu testator totum scripsit, non est necesse uti subscribat, modo a testibus id fiat. *l.* 28. §. 1. *d. t. C. de testam.* 2. Tabulas clausas testibus ostendat, eisque voluntatem suam contineri declaret: cujus se bene conscium, adeoque sibi prælectas, si ipse non scripserit, affirmet; nam si notarius dictatum a testatore & in mundum redactum ei soli non prælegerit, testamentum non valebit, ut judicatum refert Sandius *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 5. quemadmodum contra prælectio & approbatio sufficit, etsi Tabellio capita testamenti ab alio dictata acceperit. *eod. tit. def.* 11. *in f.* 3. Testes, petente ipso, subscribant atque subsignent. *l.* 21. *C. de Testamentis.* Fuit & quartum, ut nomen heredis manu Testatoris exprimeretur, vel si imperitus scribendi, palam nuncuparetur, quod testes in sua subscriptione tunc addere debebant, ut latius sancitur in *l* 29. *C. de Testam.* Sed hoc merito remissum & abrogatum est in *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam sufficiat nomen heredis ab eodem tabellione, qui totum scripsit testamentum, secreto in tabulis esse conscriptum; quod commodius & tutius est, ne testator palam, quis sit heres, significare cogatur, in quem præcipue finem scripta atque obsignata testamenta in usum introducta sunt; adde sis *Pos.* 38. Subscriptio testium proprio chirographo, non manu vicaria fieri debet. *l. pen. ff.* qui *test. fac.* Ideoque regulariter testes literati requiruntur, excepto casu *l.* 31. *C. de Testam.* ubi literarum periti pro imperitis subscribere jubentur. Omnium maxime superstitiosum fuit requisitum, ut annulo tantum signare liceret, quod legitur in *l.* 22. §. 5. *ff. h. t.* ubi diserte aliud signum posse adhiberi, negat Ulpianus, idque ad mysticam testamenti solennitatem pertinere censent Viglius *hic* & Cujacius *l.* 14. *Obs.* 11. Sed quicquid comminiscamur, difficulter adsequemur ne non maneat inepta subtilitas, quod præcise rotundum debuerit esse signum, tametsi forte eadem sculptura esset in quadrato; maxime, cum non fuerit vetitum annulis alienis uti; imo & omnes uno annulo testes consignare potuerint, §. 5. quod multo justius prohibendum videbatur. Neque tamen ita, quod male me habet, emendatione correctum velim, nec iis adsentiri, qui & multi & doctissimi sunt, particulam *non d. l.* 22. §. 5. inserentibus. Sensus enim satis sibi constat, & veteribus id genus subtilitates satis familiares fuisse, multa fidem faciunt, nusquam vero magis illas quam in testamentis esse consectatos, ea, quæ diximus, eximie testantur. (4) Moribus hodiernis, signacula testium penitus ubique in desuetudinem abierunt, teste Gudelino *de jure noviss.* 2. *cap.* 5. Grotio 2. *Jur. Holl.* 7.

13. (q) Sed requisitum generale de testibus latiorem postulat explicationem, quam Imperator in §. 6. *& seqq.* persequitur, *Testes*, inquit, *adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est.* Duplicem vulgo testamenti factionem Interpretes agnoscunt; Activam atque Passivam; illam in potestate & in forma condendi testamenti, hanc in jure percipiendi ex testamento consistere docent; quæ distinctio fundamentum habet in §. 4. *I. de hered. qual. & diff.* At in hoc præcepto de testibus *d.* §. 6. intelligere Cæsarem non tam activam, quam passivam, exinde colligi potest, quod tales personæ excipiuntur, quibus activa nullo modo competit, ut impubes, servus, furiosus. Alioqui planius dici poterat, testes adhiberi posse, *qui testamenti factionem habeant*, (quibus verbis activa plerumque intelligitur. *l.* 3. *l.* 4. *l.* 8. *in fin. l.* 18. *pr. &* 19. *ff.* qui *test. fac.* etsi aliquando de passiva quo-

(o) *Pos.* 27. (p) *Pos.* 37. 38. & 39. (q) *Pos.* 28. 29.

(4) *Videsis Hein. in not. ad Vinn.* §. 5. h. t. n. 2.

Digitized by Google

quoque usurpentur, *d.§.4.* & *l.16.pr.ff.*qui *test. fac.*); tum enim solæ mulieres excipiendæ forent; reliqui enim heic excepti per ipsam regulam satis exclusi forent. Theophilus utramque testamenti factionem intelligi a Cæsare putat. *οἵτινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται κληρονόμοι γράφεσθαι καὶ γράφειν ἡμᾶς, Qui & a nobis heredes institui, & nos instituere possunt.* Quod autem mulieres a testamentis arceri placuit, ratio videtur; quod olim quinque testes puberes, cives adesse debuerint, ut modo audivimus; neque Romani moris fuerit, mulieres in solennibus & publicis actibus admisceri viris; ne dicam, testes illos comitia populi quodammodo repræsentasse, quorum feminas nullo modo participes fuisse constat. Porro impuberes & furiosi cur testes esse nequeant, non est, quod solicite indagetur, neque cur prodigi, quibus bonis interdictum; quia tralatitium est, eos fere in omnibus pro furiosis haberi, *l.12.§.2. ff.de tutor. & curat. dat.* neque de servis dubium, qui pro mortuis habentur. Muti etiam & surdi indistincte prohibentur, quibus tamen aliquando testari permittitur, ut *infra* intelligemus; (r) Cœcorum, etsi nulla fiat mentio, æque tamen improbandum videtur testimonium, quia in *l.9.C.de Testam.* diserte requiritur, ut testes videant testatorem. Sed & eadem ratio, quæ surdos & mutos repellit, videbatur obstare omnibus sermonem defuncti ob linguæ imperitiam non intelligentibus. Ideo enim testes adhibentur, ut si postea de veritate rei gestæ controversia oriatur, testes quid viderint ac audiverint referre queant; id autem non magis ab eo, qui linguam non callet, quam surdo quovis præstari potest. Scriptum tamen est in *l.20. § pen. ff.*qui *test.fac.* *post* intelligentiam sermonis in teste non exigendam, ideoque eum, qui latine non norit, recte fieri testem, D. Marcus rescripsit, addita ratione, *si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere*. Potest enim per interpretem scilicet referri quid in actu testandi sit gestum; cum necessarium non sit visum, ut omnes circumstantiæ a testibus commemorentur. Utique hæc res in testamento scripto conciliari potest, in nuncupativo haud perinde; nec de eo *d. l.* 20. §. *pen.* accipienda videtur.

S C H O L I U M.

Sed tamen ratio d. l. 20. §. pen. *quam Autor dicit consistere in eo, quod per interpretem scilicet & percipi & referri possit quid in actu testandi sit gestum, etiam videtur accommodari posse ad testamentum nuncupativum.*

R E S P O N S I O.

Vocem percipiendi *ad circumstantias, non ad dicta pertinere volui, quæ in mystico sive clauso testamento nulla de negotio ipso proferuntur. Ut autem in nuncupativo testatio ipsa per interpretem testibus exponatur, nec subtilitas unici contextus, neque natura negotii ferre videtur: utpote, cum nuncupatio testamentorum vix aliter, quam rapido instantis mortis periculo, soleat usurpari.*

N. A D D I T.

Facile mihi persuadeo ICtum in l. 20. §. pen. *cogitasse de testamento scripto & mystico quod per æs & libram fiebat. Interim tamen rationes Autoris mihi non tam persuadent, quod decisio ICti ad testamentum scriptum sit restringenda. Nam quod primo dicit, in testamento mystico & clauso nulla dicta de negotio ipso fuisse prolata, id repugnat iis quæ* in fine §. 5. hic *de formula solenni nuncupationis in testamentis per æs & libram adhiberi solitis ipse recensuit. Deinde, quod dicit, in testamento nuncupativo subtilitatem unici contextus non ferre, ut negotium testibus per interpretem exponatur, parum ad rem facit, quia & in testamento illo per æs & libram, unitas contextus non obstabat, quo minus Autor hanc rationem legis daret, quod per interpretem testi referri posset, quid sit gestum. Denique, quod ultimo loco provocat ad naturam negotii, initio non universale est, quod testamenta nuncupativa fiant in instanti mortis periculo; deinde, si esset, magis persuaderet sententiam contrariam: Nam subitaneæ mortis periculum poterat excusationem præbere testatori, quod propter illud testes, utcunque potuerit, conquisiverit, nec adeo ipsi imputandum sit, quod non fuerit diligentior in conquirendis testibus sermonis latini peritis.*

(s) Postremo arcentur a testimonio *improbi & intestabiles*, in *l.18.§.1.*qui *test.fac.*qui, ut dictum, etiam facere testamentum vetantur, *l.26.*qui *test. fac.* quæ verba conjunctim accipienda sunt, neque enim quamlibet improbitatem, sed talem esse oportet, quæ hominem reddat intestabilem, id est, omni testimonio fideque habenda indignum. Habentur autem intestabiles, non quilibet infames, sed illi tantum, quos ipsa Lex tales esse jussit, ut recte Viglius *ad hunc* §. 6. n. 13. *Una vero tantum species reperitur*, pergit Viglius, *ex qua intestabilis hodie quis fiat, scilicet, cum quis ob carmen famosum damnatus est l* 21. *de Testibus. d. l.* 18. §. 1. Theophilus tamen *eam vocem aliter declarat*, nam is dicit improbum

(r) *Pos.* 31.

(s) *Pos.* 30.

bum ac intestabilem hoc loco esse, qui ut testis testamento adhibitus subscripsit & signavit, post mortem autem testatoris sistere sese ac testimonium confirmare noluit; *Μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι*, *Leges ejusmodi hominem oderunt*, inquit, neque testari aut capere ex testamento permittunt. Desumpsit exemplum illud ex ipsa L. XII. Tabularum, in qua scriptum fuisse refert Gellius *lib.* 15. *noct.* *c.* 13. in fine; QUEI. SE. SIERIT. TESTARIER. LIBRIPENS. VE. FUERIT. NI. TESTIMONIUM. FARIATUR. IMPROBUS. INTESTABILISQUE. ESTO. quæ tamen sanctio non modo in testamentariis, ut videtur velle Theophilus, sed inter vivos quoque mancipationibus locum habebat, ut docet Rævardus *ad L. XII. Tab. cap.* 10. Ex Constitutionibus Imperatorum ordini quoque intestabilium accensendi perduellium liberi, *l.* 5. *C. ad L. Jul. Majest.* item improbiores hæretici, pagani, & apostatæ a fide vera, *l.* 3. *C. de Apost.* *l.* 4. & *l. pen. C. de hæret.* sed hæretici minus perniciosi in Testamentis & contractibus admittuntur, atque in judiciis, cum inter sese litigant, non adversus orthodoxos. *d. l. penult.*

14. (t) Cæterum conditio testium, an his vitiis quæ recensa sunt laborent, tempore testamenti facti consideratur; proinde, si tempore mortis, aut cum tabulæ aperiuntur, eorum status melior, aut deterior sit factus, id nihil nocet, neque prodest *l.* 22. §. 1. *qui test. fac.* Quod si aliquando evenit, ut ejusmodi inter testes persona reperiatur, cujus conditio inhabilis ad testimonium latet omnibusque ignota est, quemadmodum si servus, ut in *hoc* §. 7. vel hæreticus, aut mulier in habitu virili inter testes irrepserit, talis defectus quoniam quod ignoratur civiliter ac si non esset habetur, nihil nocet testamento. Verum si postea ante apertas tabulas rei veritas innotescat, etiamsi ex rigore juris testamentum vitiaretur, Imperatores tamen ex æquitate, *ἐκ φιλοτιμίας*, ut Theoph. decreverunt, ut æque firmum habeatur, ac si ut oportebat factum esset, §. 7. *h. t.* quod ratio publicæ utilitatis expressit: si quidem multa nimis omni die infirmarentur, si latentes defectus personarum, quæ, dum ad actum aliquem adhibentur, omnium judicio idoneæ creduntur, id quod ageretur, vitiarent · confer *l.* 3. *ff. de SCto Maced.* *l.* 3. *ff. de Off. pr. et.* Cui accedit, quod, ut antea diximus, rei ignoratæ nullus jure civili effectus dari potest. Valde igitur D. Voetius improbabiliter contra Bachovium & *Dd. communiter* disputat, *comment. ad hunc* §. *n.* 2. constitutionem in *d.* §. 7. ultra speciem casus propositi minime extendendam esse: neque enim dubitari potest, quin Imperatores sub servi exemplo in omnibus occultis personarum defectibus idem obtinere voluerint, servique meminerint, quia casus ille usitatior, reliqui minus frequentes erant. (5)

15. (u) Præterea non admittuntur ad testimonium domestici Testatoris, *οἰκόθεν οἱ μάρτυρες.* (Nam quod testes inter se domestici, id est, unius familiæ sint, id non obstare docetur in §. 8. *h. t.* & *l.* 17. *de Testibus.*) Vox autem domesticorum aliter in judiciis, aliter in ultimis voluntatibus accipitur. In illis domestici vocantur, quicunque de domo nostra producuntur. *l.* 24. *ff. de testib.* *l.* 3. *C. eod.* Sed hoc loco strictius eos duntaxat domesticos vocamus, qui cum testatore eodem patriæ potestatis vinculo sunt conjuncti, ut satis ex hoc §. 9. liquet; unde recte Theophilus domesticum testimonium, non ex habitatione, neque usu tecti aut mensæ, neque ex cognatione, sed *ἐξ ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι*, *ex conjunctione potestatis*, æstimari docet. Filius igitur in testamento Patris, cui subjectus est, testis esse nequit, nec Pater in eo, quod filiusfam. fecit, scilicet de peculio castrensi post missionem ex militia, ut habetur in *d.* §. 9. Nam in eo, quod fecit dum miles erat, dubium non est, quin testimonium ejus recipiatur: de quo casu si responsum Ulpiani & Marcelli cum Viglio aliisque multis accipiamus, in *l.* 20. §. 2. *ff. h. t.* gravem amolimur antinomiam, quæ multis inevitabilis videtur, neque temere, ut multis probat Vinnius. Quod si contrarius huic iste locus sit dicendus, videmur tamen habere quod sequamur; Cum enim Justinianus hunc versiculum non sumpserit ex alio in Pandectis responso, sed locus plane sit singularis, decisio hæc Imperatoris prævalebit JCtis, quorum responsum pro abrogato habebimus. Neque enim refert, utrum constitutiones in Codice an Institutionibus reperiantur. *arg.* §. 6. *proœm. Inst.* Id vero jam sponte liquet, patrem, filium & fratres, qui per

(t) *Pos.* 32. 33. (u) *Pos.* 34. 35.

(5) *Non putem rescriptum Impp. de quo in* §. 7. *h. t. ultra speciem casus propositi extendi posse, cum illic Impp. ex liberalitate sua & contra Juris principia rescripserint, quod proinde ad consequentias non est producendum* l. 14. *de leg. neque id probat* l. 3. *de off. praet., cum, ut ejus decisio locum habere possit, alia concurrant necesse sit. in* l. 3. *pr. de S. C. Maced scribit J. C. cessare Senatus Consultum, quia in casu proposito cesset ratio dandi exceptionem, alium creditoris scilicet.*

Digitized by Google

per emancipationem separati sunt, sibi invicem testimonii dictionem in testamentis præbere posse, quod longe aliter in judicialibus comparatum est, *l.9.ff.de Testib. l.6.C. eod.* quoniam ratio quoque diversa utrobique est. Nam in judiciis cognati arcentur, quoniam veritati rerum gestarum vix fieri potest, quin ex affectu consanguineo grave præjudicium creetur, & testes pro conjunctis personis non aliquid aut veri dissimulent, aut ultra verum addant: sed testatores non ideo testes adhibent, ut per eos de commodo suo certent, cum heredis potius utilitas vertatur; verum ut coram illis suprema sua ordinent, quod inter amicissimos plerumque fieri amat. Ratio igitur, quæ personas illas vetat esse testes, alia esse non videtur, quam quod per vinculum patriæ potestatis cum testatore eædem personæ censeantur, ac ita testator seipsum quasi testem adhibere videatur.

16. (x) Eadem ratio dictat, quando heres prohibetur testis esse §.10. id perinde accipiendum de iis, qui potestatis vinculo cum herede sunt juncti, seu filius, seu Pater, sive fratres sint non emancipati: Sed narratio Justiniani incidit in scrupulum, qua commemorat, veteres heredi & iis, qui per potestatem conjuncti fuerant, concessisse testimonia in testamentis præstare, idque propterea, ut Theophilus addit, quoniam heredis nomen in testamento per æs & libram erat occultum; quapropter in sua causa testis esse non videbatur, utpote ignarus suum commodum verti; quod si forte ei innotuisset, veteres eum dehortabantur, ne facultate concessa perhibendi testimonium abuteretur. Obiter notatu digna sunt verba Cæsaris *d. §.10. Tamen nos, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes*. Hæc enim creberrima & pulcherrima legum materies; ut quæ ex naturali ratione laudabilia, non tamen necessaria sunt, iis Legislatores ἀναγκαστικὴν δύναμιν, vim *obligandi* atque cogendi tribuant. Heres igitur, quoniam inter ipsum & testatorem omne testandi negotium geri creditur, sibimetipsi ut testis sit, merito improbatur. Ideoque fidem Viro Cl. nullo modo habendam censeo; moribus hodiernis, heredem in testamento scripto posse testem esse, *audacter adserenti*; at sine ullo auctore vel rei judicatæ præjudicio. *comm. ad h. §. 10. n.2.* Legatarii autem & fideicommissarii particulares, (nam qui universo fideicommisso honorati sunt, pro heredibus habentur *§.3. & §. 4. I. de fideic. hered.*) ad testimonium & olim fuerunt admissi, *l. 20. pr. ff. h.t. l.14. ff. de reb. dub.* & expressa constitutione Justiniani etiamnum admittuntur, ut ipse testatur in §. 11. *h. t.* Ratio autem cur Legatarii & fideicommissarii non prohibeantur, redditur ab Imperatore, *quia non juris successores sunt*; quod plerique ita interpretantur, quod non ejusmodi successores sint qualis est heres, nempe juris universalis, sed particularis duntaxat. Theophilus verba illa reddit, ἐπειδὴ οὐκ ἀσωμάτου γίνονται διάδοχοι, *quia non fiunt rei incorporalis successores*. Ejus igitur explicatio videtur, quod Legatarii corpus aut rem certam consequantur; heres non corpus ullum, neque rem certam, sed jus a defuncto relictum; Nam hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ait JCtus in *l.50. ff. de hered. petit.* quod tam onera quam commoda complectitur. *l. 119. de V.S.* Ideoque heres repræsentat testatorem, quod de Legatario dici nequit. Res eo redit, quod in §. 10. dictum est, negotium omne gestum credi inter testatorem & heredem, qui hereditatem, id est, ipsum jus defuncti nanciscitur; ideoque dum is totum negotium occupat, cum legatario nihil proprie actum videtur, vel tam exiguum hoc est, uti in censum non veniat; aut forte, quia testator ipsum legati quoque negotium cum herede gerit, a quo id vult præstari legatario; est enim legatum donatio quædam ab herede præstanda, *§.1. I. de Legat.* qua de re plenius in loco. Plane si par esset Testamentarii ac judicialis ratio testimonii, vix fieri posset, ut fidem mereretur is, cujus tantopere interesset, ac legatarii in testamento interesse liquet; tralatitium enim est, neminem in propria causa testem esse audiendum *l. 10. C. de Testib.* & propriam cujusque causam vocamus, cujus emolumentum aut damnum proprio nomine ad aliquem pertinet. *l. 1. §. 11. Quand. appell.* Legatarii autem in testamento verti lucrum suo nomine res ipsa loquitur. Sed ad differentiam inter testamentaria & judiciorum testimonia videtur & hoc pertinere, quod in judiciis secundum depositiones testium causæ decidantur, & singulæ ad probationem pertineant; cum in testamentis multitudo testium ad solennitatem magis quam probandi necessitatem spectet, neque ex unius aut alterius testis fide, delatio hereditatis pendeat, quando plura sunt alia, quæ ad testamentorum observationem requiruntur, falsoque fabricando sunt impedimento. Præterea, si Legatarii ob

(x) *Pos.* 36.

ob testimonium in sua causa dictum liberalitate defuncti exciderent, non ab alio quam herede repellendi forent; Sed qua fronte heres aut quo jure negabit eorum testimonia valere, quorum vi ipse tanquam ex valido testamento universam successionem nactus est? Quod recte vidit Bachovius. Postrema ratio profertur a Symmacho *lib.* 10. *epist.* 55. *Calumnia*, inquit, *inanis objecta est, quod signatores nescio quid legati ex eadem voluntate accepissent &c. Nam si his legibus viveremus, inimicis potius signatoribus uteremur. Quis non familiarissimum quemque signandis adhibet, cum extrema conduntur? Jam quid mirum est, si in oculis positus meretur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari* &c. Et mox; *Non fero signatorem, cui pars bonorum magna defertur*. Ex quibus verbis, rerum duntaxat modicarum legatarios ad testimonium admittere videtur. Sed jus nostrum non distinguit, neque spectat quantitatem lucri, sed jus directum successionis, etiamsi suspicionem falsi enormius legatum facilius movere posset. Non utimur ad defendendum Legatarii testimonium ea ratione, quod in scripto testamento plerumque ignotum sit legatariis, quid his aut illis relictum sit; Putamus enim, in nuncupativo etiam legatarios inter testes admitti, quia leges non distinguunt, & rationes allegatæ in utrisque locum inveniunt. In praxi etiamnum servari jus Romanum, contra Groenewegium defendit D. Voetius *ad* §. 11. *n.* 2.

17. (y) Leve porro est quod Imperator monet in §. 12. nihil interesse, membranis, charta, palimpsesto, vel aliis scribatur testamentum; neque magis interesse, utrum stylo, an calamo, atramento, aut alia re; nec qua lingua aut genere scripturæ sit usus Testator, modo literæ sint claræ atque distinctæ; nam testamentum *notis* exaratum, id est compendiis literarum, non valet, *l.* 6. §. *ult. ff. de bon. poss.* nisi militis, *l.* 40. *ff. de Testam. mil.* aut Parentis inter liberos, *l.* 21. §. 1. *C. de Testam.* quibus id postea Justinianus diserte prohibuit in *Auth. quod sine. C. de testam. ex Nov.* 107. *c.* 1. Idemque omnes notas *seu siglas*, ut loquitur, in libris juris amplius usurpare prohibet, quibus olim pleni fuerunt JCtorum libri. *l.* 2. §. 22. *C. de vet. jur. enucl.* Quod si recte observatum fuisset, vix potuerat esse verum, quod Cujacius observat, multos in libris juris nostri errores ex ejusmodi irrepsisse notis. *ad* §. *ult. I. de vulg. subst.*

18. (z) Postremum, quod de scripto Testamento tradit Imp. in §. 13. spectat securitatem atque commoditatem ultimarum voluntatum; si Testatores peregre sint absfuturi aut alioqui metuant, ne tabulæ testamenti intercidant; facultas illis datur plura instrumenta eodem exemplo conficiendi, iisdem verbis scripta, ab iisdem signata testibus, quorum si unum forte, vel fraude aliorum pereat, voluntas defuncti ex eo, quod superest, intelligi atque impleri possit. Explicat rem Papinianus *in l. ult. de his, quæ in testam. del. induc. Pluribus tabulis*, inquit, *eodem exemplo scriptis, unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solenniter complevit*, eleganter exprimens, utrumque testamentum esse debere authenticum, non alterum alterius exemplo factum, verum uno solennitatis actu comprehensum. *Si quasdam tabulas, pergit, in publico depositas abstulit atque delevit, quæ jure gesta sunt, præsertim cum ex ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita*. Quamvis deletio & inductio testamentum faciat irritum, ut ex *l.* 1. *pr. ff. h. t.* apparet. Tamen, si ex pluribus testamentis unum modo sit deletum vel incisum, heres scriptus ex eo, quod integrum profert, petere adhuc potest hereditatem: Quia singulis instrumentis tota vis probandi scilicet inest, & præsumptio est, testatorem reliqua delevisse quod superflua censeret: nam si animum adimendi hereditatem habuisset, omnes tabulas publice depositas procul dubio sustulisset. Quodsi hæc præsumptio per contrariam probationem aut fortiorem præsumptionem everti possit, aliter statuendum fuerit, quemadmodum Paulus ad eundem Papiniani locum *d. l. ult.* notavit, *Sed si ut intestatus moreretur incidit tabulas & hoc probaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas*. Nec secus videtur, quando testator peregre forte absens, quas in potestate habebat, tabulas deleverit aut conciderit; tunc enim de reliquis idem facturus, adeoque animum abolendi testamenti habuisse credendus est. Papiniani quippe sententia agit de casu quo tabulæ omnes in publico extant omnesque a testatore facile auferri & aboleri poterant; ideoque, ubi contrariæ sunt circumstantiæ, diversum sine dubio statuendum videretur.

19. (a) Sed non æque expeditum est, an, ut unius testamenti plures tabulæ, ita in iisdem tabulis diversæ diversorum testatorum dispositio-

(y) *Pos.* 41. (z) *Pos.* 42. (a) *Pos.* 7.

Digitized by Google

ſitiones conſcribi poſſint, quod hic a Viglio negative diſputatur, cui ſe Peckius opponit *lib. 1. ff. de Teſtam. conjug. c. 19.* ubi recte *in princ.* monet, hanc quæſtionem in ſcripto duntaxat teſtamento habere locum. Nam quo minus diverſæ nuncupationes heredum ſeparatim factæ in eadem charta ſcribantur, nihil vetat, quia ſcriptura ibi tantum ad probationem, non eſſentiam actus pertinet. Magis tamen adſentiendum Viglio videtur, ſubtilitatem & unitatem contextus non permittere ut diverſæ voluntates conjungantur, nec trahendum in conſequentiam quod de ſubſtitutione pupillari ſcriptum eſt, patris & filii teſtamentum pro uno haberi, in *l. 20. de vulg. & pup. ſubſt.* quod nec applicari noſtræ quæſtioni poteſt; cum unus duntaxat ibi ſit teſtator & unius voluntas, etiamſi duo heredes; Duplex *quodammodo* in pupillari ſubſtitutione teſtamentum eſſe, ait Imp in §. 2. *I. de pup. ſub.* ſed revera eſt unum quia pupillare pars & ſequela paterni eſt, adeo ut ſi Patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valere queat, ut docetur §. 5. *eod. tit.* quod longe aliter ſe habet, ubi duo ſibi mutuo non ſubjecti pariter ſunt teſtati. Tunc enim revera duo eſſe Teſtamenta, non modo ex diverſitate teſtatorum, ſed etiam ex effectu liquet. In id enim Doctores conſentiunt, alterum ſine altero novum condere poſſe teſtamentum, ac ita derogare priori, quod pro parte tamen alterius valere pergit; atqui, ſi unum eſſet, neceſſario totum per poſterius rumpi debebat; idque ipſum argumento eſt, uno non ſubſiſtente, alterum tamen ſubſiſtere poſſe, quod ſecus erat in pupillari. Igitur ubi duo ſunt Teſtamenta, ibi non poteſt eſſe unus contextus. Quod alia adhuc ratione probari videtur; nam in propoſito caſu fieri poteſt, ut unus teſtator contextum exacte obſervet, alter eum interrumpat vel extraneos actus immiſceat; Quid enim ſi unus teſtes rogaverit, alter non, aut fundum unus vicino vendiderit, alter nihil tale fecerit? Utrum dicemus totum, an pro altera tantum parte vitiari teſtamentum? Si pro parte dicas, id haud dubie a ratione juris Romani abhorret, ut e ſcriptura teſtamenti non jure completa ſolennibus detecta, heres exiſtat. Nec tamen, quod omnino corruat, ſtatuendum videtur, quia verum eſt, unum teſtatorem ita eſſe teſtatum, ut omnia juris requiſita examuſſim ſervarit. Utrumvis autem decernas, id perſpicue apparet, non poſſe unum in teſtamento dici contextum, ubi unus ſervavit, alter violavit ſuum contextum. Ac ita quidem jure civili videtur: ſed Doctores & uſus populorum notiſſimus contrarium recepit, ut Peckius *d. c. 19.* probat.

22. (b) Atque ita Romani voluntates ſuas in ſcriptis ordinabant. Poterat autem quiſque, & poteſt etiamnum condere teſtamentum nuncupativum, in quo ſolennia de teſtibus unitaſque contextus eadem quæ in ſcripto obſervantur. *l. 21. §. 2. C. eod. §. ult. Inſt. h.* Tantum voluntas Teſtatoris clara voce pronunciatur, & conſequenter ſolennia, quæ ſcripturam comitantur, in eo ſecundum *dd. ll.* ceſſant. Celeriorem hanc eſſe teſtandi rationem, ſatis apparet, eaque eſt unica pene ratio propter quam uſurpari ſolet ac ſolebat, quando nimirum repentina vis morbi ſpatium non relinquit ſcripturam conficiendi omniaque ſolennia adhibendi, uti de Horatio ſcribit Suetonius in ejus vita *in fine; Deceſſit &c. herede Auguſto palam nuncupato; quum urgente vi valetudinis non ſufficeret ad obſignendas teſtamenti tabulas.* Plerumque autem poſt conſummatum teſtandi actum, declaratio teſtatoris in mundum redigitur teſtiumque ſubſcriptione munitur vel eorum apud acta examinatio inſtituitur, ut depoſitiones publico inſtrumento inſerantur, qua de re Schneidewinus *ad hunc §.* tractat. Satis autem conſtat ejuſmodi ſcripturas non eſſe teſtamenta, ſed probationi duntaxat inſervire, adeoque teſtamentum eſſe atque manere nuncupativum. Nihil tamen obſtat, quo minus Teſtamentum aliquando & ut ſcriptum & ut nuncupativum valere poſſit; primo, ſi heredem quidem ſcribat, legata vero aliaque teſtamenti capita voce viva nuncupet. *l. ult. de Codicill.* Dein, ſi teſtator primo coram teſtibus heredem clare nominet, ac cætera quæ voluerit declaret; tunc eodem contextu voluntas nuncupata in Tabulas redigatur, cui teſtator ipſe teſteſque ſubſcribant: quo caſu, ſi teſtatorem antequam ſcriptura perficiatur exſpirare contingat, diſpoſitio tamen ut nuncupativa valebit; in quem finem congruere poteſt clauſula, quam vulgo notarii inſerunt Teſtamentis, ut ſi tanquam ſcripta valere nequeant, ſaltem ut nuncupativa ſubſiſtant. Tametſi & tunc eam adjicere ſoleant, quando voluntas teſtatoris ignota teſtibus, ſecreto a Tabellione ſcripto comprehenditur, etiamſi tunc inutilis videatur. Neque enim fieri ullo modo poteſt, ut Teſtamentum pro nuncupa-

(b) *Poſ.* 43. 44.

Digitized by Google

cupativo habeatur, ubi Testes heredis nuncupationem nullam audiverunt & quis ille sit ignorant. Quanquam sunt, qui scribant, Testamenta in foro omnia nuncupativa censeri, etiam quibus clausis in dorso inscriptum est a Notario coram testibus, voluntatem testatoris supremam iis contineri. Imo si moriatur testator antequam voluntas soli Notario cognita in scripturam fuerit redacta, vel ab ipso, testibus & notario subscripta, nihilominus sustinebitur ait D. Voetius *ad hunc* §. multosque in eam rem auctores citat, quorum tamen plerique id iis in locis non agnoscunt. Sandius tamen noster *l.* 4. *tit.*1.*ff.defin.*9. *in fin.* scribit, eam esse Doctorum sententiam, scriptum testamentum professione Testatoris, quod scriptura testibus exhibita voluntas sua contineatur, *sustineri tanquam nuncupativum, quasi nuncupatione implicita facti*, quod quam sit alienum a Jure Civili, facile ex superioribus intelligitur. Talis enim professio tantum abest, ut ex scripto nuncupativum facere queat testamentum, uti proprium quoque sit requisitum ipsius scripti. *l.* 21. *C. h. t.* Jam quid monstri est, speciale atque necessarium Testamenti scripti requisitum id efficere, ut jure nuncupativo sustineatur; Si a Doctorum opinione, qui Romanam testandi rationem penitus per inscitiam magis quam mutatos seculi mores aboleverunt (ut toties queritur Viglius,) non videatur alienum, apud nos sané, qui Juris civilis requisita prope omnia servamus, sententia illa vix tolerabilis videtur. Saltem improbatum esse a Curia nostra Testamentum, quod Testator a Notario scribi jusserat, sed cui hora fatali præventus nec ipse neque testes subscripserant, tametsi jam calamum coram testibus manu teneret & clausula nuncupativi inesset, aliquandudum, sententia pronunciata, intellexi. Postremo sciendum, Testamenta secundum loci, in quo facta sunt, consuetudinem rite facta, ibique etiam, ubi diversæ solennitates requiruntur, valere ac effectum habere, tam quod ad mobiliam quam immobilia bona, ut eleganter probat Sandius *d. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 14.

TIT. XI.

De Militari Testamento.

I. De Testamentis privilegiatis in genere. II. De Testamento militari. III. Ratio istius privilegii. IV. Requisitum fundamentale testam. milit. V. De Veteranorum testam. VI. De testamentis ante militiam factis. VII. Cur minima cap. diminutione non tollatur milit. testam. VIII. De testam. super peculio quasi castrensi.

(a) HUcusque de testamentis secundum juris solennia factis. At sciendum, proditas esse legibus species ultimarum voluntatum, quas ob graviores rationes placuit solvi quibusdam aut omnibus illis requisitis, ad impediendas fraudes quæ nec alibi frequentius quam circa testamenta olim committebantur, excogitatis, adeo ut Lex Cornelia de Falsis *Testamentaria* exinde nuncuparetur. §. 7. *Inst. de publ. jud. l.* 30. *pr. ad L. Corn. de Fals.* Certæ solennitates remittuntur *primo* in testamentis rusticorum omniumque ruri habitantium, quæ subsistunt cum signis & subscriptione quinque testium, imo signis etiam solis, si literarum periti, ut fit in agro, haberi nequeant, *l. ult. C. de Testam.* Dein Testamenta tempore pestis facta valent, etiamsi testes *metu contagionis*, *διὰ τὸ μὴ τῆς νόσου μεταλαβεῖν*, ut Basilici, non pariter, sed alii post alios advocati fuerint; de numero autem testium *convenienti*, habet textus, aliisque solennibus nihil est remissum, *l.* 8. *C. de testam*: quod secus est in foro, * Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 4. Omnes solennitates remissæ sunt in testamento, quod Principi oblatum, & quod apud acta judicii conditum est, *l.* 19. *C. de testam.* idem in eo quod parentes utriusque sexus inter liberos fecere, tam emancipatos quam suos, primi vel ulterioris gradus (Sand. *d. tit.* 1. *defin.* 6.) *l.* 21. §. 1. *C. de Testam. & Auth. seqq. ex Nov.* 107. *c.* 1.

(a) *Pos.* 1.

* Jure Saxon. in testamento tempore pestis condito, duo aut tres testes, licet non consociati, v. *Dec. El.* 46. sufficiunt, dummodo aut ipse testator peste laboret, aut domus, in qua est, contagium sentiat. *P.* 3. *C. El.* 4. ibique Carpz. *Def.* 4. *n.* 2. Finckelthaus. *Obs.* 9. *n.* 6. Philipp. *ad Dec. El.* 46. *Obs.* 11. Diss. Moller. *ad d. C. El. n.* 1. *seq.* Interim etiam in hoc testamento hæredis institutionem necessariam, eaque omissa testamentum esse invalidum, exceptis legatis ad pias causas aliisque, docet *d. Dec. El.* 46.

c. 1. denique auctoritate Juris Canonici (quod duobus testibus ubique cum Parocho contentum est *cap. cum esses* 10. *X. de Testam.*) receptum est, quod ad Testamenta ad pias causas, de quibus est *cap. relatum* 11. *eod. tit.* Schneidew. *ad* §. 5. *h. in fine* Tiraq. *de privil. piæ.* de quibus ad Pandectas plenius *in loco*.

2. (b) Omnium autem maxime privilegiatum est militare Testamentum. Quia non modo absque solennitatibus in actu testandi adhibendis valet, sed & alia multa contra regulas juris communis militibus indulta sunt, qualia sunt, quod miles plura possit facere testamenta quæ omnia valent, *l.* 19. & *l.* 35. *ff. de testam. milit.* impune præterire liberos, *l.* 9. *C. eod.* quod nec testamentum ejus querela inofficiosi rescindatur, *l.* 27. §. 2. *ff. de inoff. testam.* deportatum scribere possit heredem, modo, cum miles moritur, sit restitutus, *l.* 13. §. .. *ff. de milit. testam.* quod denique testatus partim, partim intestatus decedere potest. *l.* 6. *eod.* Quæ omnia nimis quam aliena sunt a testamentis PAGANORUM; qua voce omnes, qui milites non sunt, intelligi, nihil toto jure tritius; idem apud Suetonium *in Augusto cap.* 27. & *Galba cap.* 19. Plinium Secundum *lib.* 7. *epist.* 25. Tacitum 1. *hist.* 53. *l.* 2. *c.* 14. *c* 88. & *l.* 3. *c.* 43. & 77. Ratio appellationis nobis videtur, quia milites emeriti castris valedicentes, ab Imperatoribus in pagis ad colendos agros sibi donatos collocabantur; unde pagani qui militare desierant, & producto vocis usu omnes ἀπόλεμοι & ἀστράτευοι.

3. (c) Ratio indulti militibus privilegii, redditur a Justiniano *in pr. de Milit. Testam. Propter nimiam imperitiam eorum*, qui tamen potius color, quam solida ratio videtur. Quippe secundum hanc milites quoque in ædibus, vel in sedibus, id est præsidiis suis atque hibernis, idem privilegium obtinerent, quoniam ibi nihilo peritiores sunt, quod tamen negatur *eodem princ.* ubi locus privilegio duntaxat est *in exp. ditionum necessitate*; extra quam milites observatione juris communis obstricti sunt, ut pagani. *in fine d. princ.* Unde liquet, veram rationem petendam esse ex laborum & periculorum functione, justaque occupatione armorum, qua militibus in procinctu stantibus minime est integrum adhibere tot prolixas & curiosas solennitates, sed in hibernis agentes consulendi peritiores copia non carent, ideoque nec juris ignorantiæ tum probabilis excusatio habetur. *l.* 9. §. 3. *de iur. fact. ignor.* Eadem ratio efficit, ut omnibus, qui in hostili solo versantur, nec tamen servi sunt hostium, eadem libertate testari liceat, quo modo velint & quo modo possint, *l. un. pr. de bon. poss. ex testam. mil.* ubi & hoc ex §. 1. discimus, milites tam navales quam legionarios, etiam remiges & vigiles, gaudere hoc privilegio. Proinde, cum pro hodiernis militibus eædem rationes, quæ pro Romanis militent, nulla causa est, cur non perinde nostri sine ullis solennibus suprema sua ordinare possint, neque aliter in praxi servatur, teste Gailio 2. *obs.* 118. Gudelino 5. *de jure noviss. cap. fin. n.* 8.

4. (d) Solennitatibus igitur cunctis in militari testamento remissis, nihil requiritur, quam ut certo constet quid miles voluerit & quod serio, quæ dixit, animoque testandi voluerit. Nam si quis fortuito sermone miles jactaverit, se aliquem facere aut facturum heredem, id pro testamento minime observandum esse, Trajanus sancivit in §. 1. *h. t.* ad arguendam sine dubio avaritiam antecessoris sui Domitiani captare soliti hereditates hominum, qui vel uno teste probari poterant aliquando dixisse, heredem se facere Imperatorem, narrante Suetonio in vita ejus *cap.* 12. cujusmodi captatio improbatur in *l. ult. ff. Qui testam. fac. poss.* Sufficit autem de voluntate seria animoque testandi constare ea certitudine, quæ in omni probatione est necessaria. Proinde si militis ipsius scriptura proferatur, quam propriam ipsius esse non dubitatur, dicendum est sine ullis testibus valere illud Testamentum, idemque erit, *si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint*, ut legimus in *l.* 15. *C. h. t.* imo si quid *in pulvere*, addit Imp. *inscripserint gladio suo*: cujusmodi tamen adnotatio desideratam certitudinem difficulter præstare poterit, si nulla testium præsentia scientiaque sublevetur: vix enim foret, ut perspicue discerni posset, utrum a moribundo milite, an ab alio literæ pulveri essent impressæ. In nuncupativo sane militis Testamento, duobus ad minimum opus esse testibus, docet Trajanus in *d.* §. 1. ubi, *convocatis hominibus*, tot scilicet, quot ad probationem rei gestæ conficiendam jure communi desiderantur; At ubi numerus testium non adjicitur, ut hoc loco, etiam duos sufficere, Ulpianus respondit, eo quod pluralis elocutio duorum numero contenta sit. *l.* 12. *ff. de Test.* (e) Jam quod privilegii loco militibus impu-

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 2. 3. (d) *Pos.* 5. 6, 7. (e) *Pos.* 8.

Digitized by Google

imputatur, etiam mutos & surdos eorum condere posse testamenta, id vix usum aut locum privilegii habere videtur, postquam omnes muti surdique hanc facultatem adepti sunt, modo voluntatem suam muti scribendo, surdi loquendo exprimere possint, *l.* 10. *C. qui testam. fac.* quod nec aliter de militibus intelligendum, quia nec fingi potest, testamenti factionem illis, qui animi sententiam declarare nequeunt, convenire; (1) quales plerumque causaria missione militum numeris eximuntur, ut Theophilus notat; post missionem autem militariter eos non posse testari, id monere, quod facit Theophilus, superfluum est.

5. (f) Siquidem de omnibus veteranis, hoc est dimissis e militia, traditum est, si testamenta condere velint, ea communi jure fieri debere. §. 3 *h. t.* Erant autem veterani apud Romanos post Augusti tempora duplices, exauctorati & dimissi. Exauctorationis ea vis erat, ut milites sacramento solverentur, signis aquilisque ademptis, non tamen dimitterentur protinus, sed seorsim in exercitu agerent sub uno aliquo vexillo, immunes a labore, vigiliis, excubiis & omni munere castrensi, excepta pugna in hostem. At plenæ missionis effectus, ut statim ab exercitu castrisque domum aut in colonias irent, præmiis acceptis, agrisque, quos colerent, assignatis: Exauctoratio post sedecim stipendiorum annos fiebat; missionis plenæ tempora diversa & incerta erant, ut Tacitus *lib.* 1. *Annal. ibidemque* Lipsius tradunt. Et hæc erat honesta exauctoratio atque missio; alia fuit ignominiosa tam missio quam exauctoratio, item causaria, ob valetudinem vitiumque animi vel corporis, de quibus in *l.* 2. *ff. de his, qui not. infam.* Quocunque genere missionis miles esse desierit Testator, privilegio castrensi excidebat; præter honeste exauctoratos & sub vexillo agentes, qui cum vere milites essent, privilegia quoque militaria merito usurpabant. Sed de testamentis jure militari a militantibus factis, quæstio incidebat, an ea post missionem protinus valere desinerent. Hoc cum durum, nec tamen juri consentaneum videretur, ut qui pagani dudum fuerant, cum testamento imperfecto decedentes heredem inde haberent, placuit anni spatium veteranis plena vel causaria missione potitis indulgeri; intra quod, si post relicta castra morerentur, testamenta eorum valerent, diutius si viverent, infirmanda; quod utique de his, qui ignominiæ causa missi erant, non accipiendum, *l.* 26. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* neque de illis, qui successoribus acceptis militare desinunt, ut præfecti, tribuni & similes, *l.* 21. *eod.* quia verba constitutionis tantum de missione loquuntur, ideoque sic statuendum ait Africanus, *quantum ad verba legis*, subindicans ex mente & sententia secus statuendum. Cur enim Duces & Præfecti, qui æque discrimina belli adeunt, minori jure quam caligati gauderent? Caterum adeo testamentum, cum intra annum a tempore missionis testator est mortuus, valet, ut nec aliter obtineat, si forte conditio heredis institutioni adjecta sub anni finem adhuc pendeat, ac postea demum existat, *d.* §. 3. *in fin.* quia conditio existens facile ad principium actus, cui adjecta est, retrahi potest, *l.* 26. *ff. de Condit. instit.*

6. (g) E contrario, si quis Paganus testamento, neglectis solemnibus juris condito, militiæ postea nomen dederit, quærebatur, an hoc Testamentum valeret, si postea miles factus moreretur; Affirmat Imperator, si novum aliquod voluntatis argumentum, quo constet militem illud prius testamentum valere voluisse, editum fuerit, idque dum erat in expeditione, sit declaratum. §. 4. *h. l.* 20. §. 1. & *l.* 25. *ff. h. t.* Quod enim Ulpianus in *l.* 15. §. 2. *eod.* nihil aliud hoc casu exigere videtur, *quam si militis voluntas contraria non sit*, capiendum de hypothesi, qua testator aliquod signum novæ voluntatis edidit: Hæc renovata voluntas, vel confirmat prius testamentum, vel contraria est; *si non sit contraria*, confirmat, ac ita his verbis confirmatio expressa infertur. Proinde si nihil fecerit aut dixerit miles, testamentum ante militiam imperfecte conditum ad privilegia militum non pertinet, ait Julianus in *d. l.* 20. *in fin.* ideoque *lex* 15. §. 2. explicanda est ex hac *l.* 20. & *l.* 25. §. 4. *eod.* tanquam clarioribus & expressis textibus, minime vero hæc capita legum interpretanda ex *d. l.* 15. §. 2. ut vult D. Voetius *ad d.* §. 4. *h. t.*

7. (h) Porro, quia patria potestas non obstat militi, quo minus de bonis castrensibus testari possit, ut mox *latius*, sequitur, militem quoque adrogatum, non modo novum condere posse testamentum, sed etiam hoc quod fecit, non infirmari. §. 5. *h. t.* Sive enim consideremus potestatem Adrogatoris in personam militis, sive in bona ejusdem, neutra in hoc comparata est,

(f) *Pof.* 9. (g) *Pof* 10. (h) *Pof.* 11.

(1) *Usum hic & privilegii locum habere posse probat Hein. in not. ad Vinn.* §. 2. h. t. n. 4.

est, ut officere queat Testamento, quia, inquam, jus condendi habet Testamenti sub potestate constitutus: bona castrensia ad facultatem juris Patrii nulla ratione pertinent, multo minus emancipatio filiifamilias militis evertit testamentum; Si enim hoc, cum Patri subjectus esset, valuerit, quid obstat, quo minus e manu dimisso illo, subsistat? Tu dices, si nihil obstet, ut revera nihil apparet, cur igitur in textu id monetur, testamentum militis per emancipationem *irritum fieri non videri*? Hærent Interpp. & sunt, quibus locus inextricabilis videtur, culpandusque Tribonianus ut minus *accurate & incongrue locutus*, ait D. Voetius. Sed ratio, per quam putari potest testamentum emancipatione irritum fieri, est, quod per minimam capitis diminutionem miles in imaginariam servilem causam deductus fuerit, *l.* 3. §. 1. *ff. de cap. min.* per quam testamentum infirmatur, *l.* 11. §. 2. *ff. de bon. poss. sec. tab.* ut in loco videbimus; at huic scrupulo occurrit Imperator in *d.* §. 5. *h.* & JC. in *l.* 22. *eod.* valere scilicet militis testamentum, quasi ex nova ipsius voluntate; nec sane mirandum, si cui tot gravissima legum requisita indulgentur, huic imaginaria quoque subtilitas juris remittatur.

7. (i) Exemplo militum quosdam togatos quasi-milites appellari, notum & alias intellectum est, qua de re elegans comparatio extat in *l.* 14. *C. de Advoc. diverſ. jud.* Hinc peculium quasi-castrense & jus ejus militari peculio simillimum, *supra* vidimus in loco. Sed ibi quidem comparatio illa quod ad administrationem inter vivos tractata fuit: hic etiam de ultimis voluntatibus additur; filiosfam. de peculiis quasi-castrensibus condere posse testamenta, quia hactenus pro patribusfam. habentur; sed quia in illis cessant pericula & occupationes castrorum, ideo solemnitates juris communis æque ab iis ac aliis civibus Romanis, observandæ sunt. §. *ult. h. l. ult. C. de Inoff. test.* Qui textus insuper docent, non ideo tantum filiosfam. de bonis quasi-castrensibus habere jus testandi, quod ea pleno jure sint ipsorum, sed lege ad hunc effectum opus esse expressa; quia postquam castrensia peculia filiisfam. dudum propria facta fuerant, jus tamen testandi certis duntaxat ordinibus dabatur, ut consulibus, præsidibus, aliisque in eminentiori dignitatis gradu positis, non patronis causarum, magistris bonarum artium, similibusque: donec Justiniani constitutione generali his etiam provisum concessumque jus libere & indistincte de bonis hisce testandi. Quod ideo restringendum non videtur, ut D. Voetius existimat *Comment. ad hunc tit. in fine*, qui illam testamenti factionem non debere concedi putat *filiisfam. nisi in quantum sunt quasi in expeditione togatorum, id est, ubi legunt, vel docent, vel consulunt, vel patrocinantur, vel aliis fungentes maneribus suis laboribus prodesse conantur.* Hæc enim limitatio rationem haberet, si filiosfam. de quasi-castrensi absque solemnibus testari liceret, ut militibus. Nunc cum testandi potestas, a lege tanquam effectus pleni dominii sit concessa, sequitur, omnes, qui habent quasi-castrensia, simpliciter de illis testari, quanquam actu forte militiam togatam exercere desierint, neque opus est, excipere desides, qui nomine tenus sunt Advocati; vix enim est, ut tales peculium quasi-castrense, quod non nisi labore paratur, adquirere possint; si tamen sunt, excipiendi fuerint a privilegio.

TIT. XII.

Quibus non est permissum facere testamentum.

I. Causa prohibitionis prima defectus status, ubi de servis & peregrinis. II. De filiisfamilias. III. Vitium animi. IV. Vitia corporis, ubi de surdis & mutis. V. De testamento cæci. VI. Causa prohibitionis ultima, improbitas.

(a) EX ea exceptione, quod Filiifam. de veteris & quasi- castrensibus jure testari queant, intelligitur, regulam esse quod alio qui non possint. Neque illi duntaxat, sed omnino tres causæ totidemque hominum ordines sunt, quibus testandi jus interdictum est. Etenim alii propter defectum status (ita rectius dici, quam ob capitis diminutionem, ut est in *posit.* 1. monet Scholiastes noster) alii propter vitium animi vel corporis, quidam ob improbitatem prohibentur. Status cum triplex sit, maximus, medius, minimus, totidem inde prohibitiones orium-

(i) *Pos.* 12. (a) *Pos.* 1. 2. 3.

Digitized by Google

oriuntur. Ob defectum maximi status, id est libertatis, vetantur servi tam vernæ & mancipia, quam qui pœnæ servi * dicuntur, *l.* 8. §. *ult. ff. Qui testam. fac.* item qui in hostium potestate sunt, *l.*8. *in pr. eod.* quorum, quæ apud hostes condiderunt testamenta, non convalescunt, etiamsi redierint, §. *ult. h.* quod secus obtinere de testamentis in hostili solo ab iis qui captivi non sunt factis, diximus *supra*, & probatur ex *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* Quod etiam ante captivitatem a cive conditum fuerat, id per secutam conditionem servilem minime fit irritum: Nam si manus hostium evaserit reversusque in civitatem sit, valet testamentum fictione juris postliminii; si mortuus sit, successisse heredes scripti censentur exinde quo captus & civiliter mortuus fuit testator, juxta quam Lege Cornelia cautum *d.* §. *ult.* plura de postliminio & Cornelia lege, vide supra *lib* 1. *tit.* 12. (b) Propter defectum medii status, juris scil. civitatis, testandi jus negatur deportatis, exsulibus, peregrinis, *l.*8. §.1.&2. *ff. Qui test. fac. poss. l.*1. *ff. ad L. Falcid.* item obsidibus, nisi a principe jus testandi vel usum togæ Romanæ impetraverint. *l.*11. *ff. Qui test fac. l.*32. *ff. de jure fisci.* Moribus hodiernis, sublata servitute strictoque civitatis jure, quale Romanum erat, neque captivi apud hostes, nec obsides, nec peregrini a testandi jure excluduntur.

2. (c) Propter minimum statum prohibentur Filiifamilias. *pr. h. t. l.* 6. *pr. D. eod.* Ratio ab Ulpiano redditur in *tit.* 20. §. 10. quoniam nihil suum habent de quo testari possint; ex qua sequi videbatur, filiosfamilias de rebus, quæ pleno jure propriæ sunt ipsorum, condere posse testamenta: quod tamen negandum esse, modo probavimus ex *l. ult. C. de inoff. testam.* idemque luculenter patet ex *l. pen. C. Qui testam. fac. poss.* Ratio scilicet illa causam Decemviris dedit, ut lege XII. T. caverent, *Paterfamilias uti rei suæ legassit, ita jus esto l.* 120. *de V. S.* Sed non semper, quod semel auctoritate legis sancitum est, cessante ratione quæ legem introduxit, vim suam amittere, multa argumento sunt: Testamenti sane factio, postquam Lege XII. T. stabilita est, ita juris publici habita fuit, ut ne Patre quidem consentiente filiusfam. testari potuerit, quia lege antiqua excludebantur a testando, nec ulla nova admittebantur. *l.* 6. *h. t.* & *l.* 25. §. 1. *ff. de m. c. dimin.* Tantum de bonis castrensibus & quasi-castrensibus extant constitutiones expressæ, quæ filiisfamilias ultimarum voluntatum facultatem concedunt. *pr. Inst. h. t. d. l. ult. C. de inoff.* De adventitiis igitur cum nullæ dentur Leges, certum est, non licere filiofam. de iis testari, ne quidem de hisce quorum proprietas ad ipsum pleno jure pertinet, quoniam legis suffragio destituimur. Nam quæ objiciuntur legum capita, ab aliis refutata sunt, de quibus vide Bronchorst. 2. *controv.* 21. & 2. *miscell.* 17. Fachin. 5. *controv.* 49. Bach. *vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 2. *ad Treutl.* item in *tract. de action. disp. ult.* 2. *coroll.* Præcipua difficultas objectionis est *in l. ult.* §. 5. *V. filiis autem famil. C. de bon. quæ lib.* Nam quod in *Nov.* 117. *c.*1. §.1. habetur, filiofam. de bonis, quorum ususfructus Patri non quæritur, licere *quovis modo disponere*, facile refellitur, cum ex proprietate verbi διοικεῖν, quod est in textu originali, atque significat *administrare*, tum ex requisito *perfectæ* & exclusione minoris ætatis, quam esse 25. annorum, nec in testamenti factione requiri constat. Sed in *d. l. ult.* sic habetur; *Filiis autem familias in his dumtaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus &c.* Ergo de his, quorum ususfructus ad Patrem non pertinet, testari licebit. Hanc consequentiam præcidit alia constitutio expresse in hanc rem lata, quæ est *l. pen. C. Qui testam. fac.* ubi antiqua lex de prohibitione testandi non obstante constitutione *de bonis quæ liberis*, adhuc durare dicitur, extra casus, quibus olim specialiter testandi facultas filiisfamilias data est. Verba igitur negativa *d. l. ult.* vel ab exclusione concludens argumentum heic non sufficit: opus est sanctione nominatim testamentum factione tribuente; quæ non est in *d. l. ult.*

3. (d) Sequitur secundus eorum ordo, qui testari prohibentur, quos inter ob animi vitium impuberes, furiosi, & prodigi. §.1. *h. t.* Impuberes prohiberi dicuntur, quia nullum eorum animi judicium est; ex quo tamen cave colligas, puerum ante pilos solertem & proximum pubertati condere posse testamentum; neque enim quoties in particularibus ratio sanctionis cel-

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 5. 6. & 7. (d) *Pos.* 8. 9. & 10.

* Ad mortem damnatus testamenti factionem activam adhuc habet, quod præter universalem ferme Germaniæ observantiam, in Saxonia *P.* 3. *C. El.* 6. confirmat, dummodo tale delictum haud commiserit, quod præter ultimum supplicium, bonorum confiscatione multatur. *d. C.* 6.

Digitized by Google

cessant, continuo vis quoque cessat ejusdem, ut alias dictum: Et quidem hac in re Lex nominatim requirit, ut testator annum quartum decimum compleverit tamen ut excessisse non sit opus. Proinde qui Kalendis Martiis natus est, ultimo Februarii anni XIV. elapso, statim post mediam noctem jus consequitur testandi. *l.5. ff.* qui *test.fac.* Porro furiosi prohibentur, *quia mente carent*, ait Imp. Unde apparet, non modo eos qui rabie animi agitantur, sed omnes mente penitus captos & ad omnia cæcutientes prohiberi, simpliciores autem & stupidiores, qui possunt mediocritatem officiorum & vitæ communem cultum atque usitatum obire, a jure testandi non excluduntur: qua de re videatur Sand. *lib.* 2. *tit.* 1. *definit. ult.* In hoc autem differunt furiosi a dementibus, (*l.2. ff. de Inoff.*) quod hi cœcitate animi continua absque intermissione laborent, illi vero per intervalla quiete aliqua inumbrentur, quin & longiore aliquando rationis usu fruantur. Cum dilucidæ sunt remissiones, omnia gerere possunt *ὡσανεὶ σωφρονοῦντες*, *tamquam sapientes*, ideoque & facere testamenta *l. 9. C. Qui testam. fac.* & testes in aliorum testamentis adhiberi. *l.* 20. §. 4. *D. eod.* Id vero facile intelligitur, testamentum ab homine sanæ mentis & boni moris conditum, superveniente furore aut luxuria atque interdictione bonorum vitiove corporis, nullo modo vitiari, *l.6.* §.1. *& l.18.ff. eod.* quanquam si status testatoris capitis diminutione mutetur, testamentum prius factum valere desinit, *l.6.* §.5. *& seqq. ff.de injusto rupto irrit.* qua de re infra ad §.4. *ff.Quib. mod. testam. infirm.* Furiosis æquantur fere per omnia prodigi, nominatim quoque in prohibita testamenti factione. §.2. *h.l.*18. *D.eod.* Quia tamen prodigus mente non caret, sed corrupto solet esse judicio, & suis, quorum opera bonis ti interdictum est, infesto, hinc si re ipsa conerarium ostendat feceritque testamentum, in quo & sanguini æquum honorem habuerit, piasque in causas legata reliquerit, adeoque ita, ut hominem siccum sobriumque decet, testatus sit, Leo Imperator in *Nov.* 39. voluit ejusmodi Testamentum approbari: quam limitationem ut perhumanam Practici laudare videntur, ut tradit Sandius *l.* 2. *tit.* 1. *definit.* 3. ubi & aliud, quod faciliorem mereatur assensum, docetur; si cui luxurioso propterea ab propinquis curatum sit bonis interdici, ne testamentum facere aut mutare possit, ejusmodi interdictionem, ut in fraudem juris factam, bonisque moribus contrariam, nullo modo infringere testandi libertatem.

SCHOLIUM.

De hoc tamen non immerito dubitare liceret, arg. l. 11. vers. Prætor.ff.de J. & J. l.207. de R. J. *Conf. Strauch.* IX. 8. ibique notata pag.106. *& in formato a Sande casu aliæ insuper adsunt* circumstantiæ.

RESPONSIO.

Sandius adducit duas rationes ex facto, utramque a nobis heic collocatam. In ultima, quæ Scholiastæ displicet, fundat inprimis decisionem. Alteram, quæ a nobis priore loco posita est, addit quidem: Sed eam minime tamen validam esse, mox ostendemus. De ea, quam Scholiastes notat ratione, nihil dubitandum videtur. Textus ab eo allegati nihil habent, nisi rem judicatam pro veritate, consequenter prodigum declaratum pro tali semper habendum. Atqui legibus & sententiis nihil derogat, qui sic ait; eos, qui in fraudem legum & sententiarum agunt, earum fructu non gaudere, judicis esse cavere, ne malitiis indulgeatur. Si fraus Senatus adhibita sit consulto, cessare SC. docet Ulpianus in l.7.§.3.ff. ad SC. Macedon. *Quo minus id decreto prodigi declarati applicetur, nihil obstare potest.*

N. ADDIT.

Ea quæ in fraudem legum & sententiarum fiunt, item SCtorum, parum apte huc applicantur: Talia enim præsupponunt existentiam legum, sententiarum, SCtorum. l. 20. 30. ff.de LL. *At fraus, de qua loquitur Autor, præcedit sententiam, nec propterea eam ipso jure reddit irritam, cum Prætor etiam inique jus dicens, jus tamen dicere prædicetur.* l.11.ff. de J. & J. *Deinde petitur id quod est in principio quæstionis, cum supponitur, quasi propinqui, qui luxurioso (de hoc enim diserte loquitur Autor in præcedentibus. Aliud forte foret, si homini frugi, per calumniam propinquorum & collusionem cum Judice, bonis fuisset interdictum, ne testamentum faceret) curarunt bonis interdici, ne testamentum faciat, fraudem commiserint. Quid enim fraudis est, conservare mediis legitimis successionem quæ a lege debetur? Nec credo, vocasset hoc fraudem Autor, nisi supra cum Grotio docuisset, testamenti factionem esse Juris Naturæ & Gentium, quod tamen falsum esse, docui nuper peculiari dissertatione de* origine successionis testamentariæ.

Verum Sandius addit rationem *aliam*, ex Novella Leonis Philosophi XXXIX. qui repre-

hen-

hendit veteres, quod acta gesta mortis causa vel inter vivos prodigorum indistincte nulla esse voluerint. Ipse disputat, hujusmodi servandum esse moderamen hac parte, *si quid*, ait, *inutiliter gestum sit, non admittere, in quo vero aliqua utilitas vertitur, id suscipere oportet*. Sic Imperator Philosophus, longe aliter quam antiqui Jurisprudentes, qui jura condiderunt generalia & stabilia, neque pro casuum varietatibus aliter ac aliter usurpanda; ne quidem, etsi ratio juris introducti in certis casibus evidenter cessaret. Ecce; Impuberes non possunt facere testamentum, *quia nullum eorum animi judicium est*. §.1. *h. t. Inst.* Detur impubes qui multo solertior sit quam alius pubes, non poterit tamen facere testamentum. *Minorum bona non possunt alienari*, nisi ex causa æris alieni aliave præcise necessaria, *l. 22. C. de admin. tut.* lata hæc lex est in eorum utilitatem. Quid si detur occasio vendendi res minoris cum utilitate insigni, valetne alienatio? Non valet, ut Sandius ex sententia Curiæ recte differit in *lib. 2. tit. 1. def.* 14. idque religiose in Senatu & abscisse servatur. Ratio, quia cum semel ita receptum est, ut prohibitiones ejusmodi cessent, ubi cessat ratio in his aut illis casibus, nihil certi juris habemus, sed totum a judicum arbitrio pendet. Verissimum in his omnibus est illud Taciti, quod legi applico: Omnis lex *habet aliquid ex iniquo, quod utilitate publica contra singulos rependitur*. Sufficit, legem in universum Reipublicæ esse utilem; si quando certis in casibus durior videatur, id utilitate constantis observantiæ superatur. Videndum, ne non idem de alienationibus prodigorum per testamenta vel contractus (de utrisque Leo differit,) eventurum sit; valeant, ait ille, si bene utiliterque; non valeant, ubi secus consultum fuerit. Standum potius Jure Civili, quod rectum & æquabile est in universum, etsi casibus aliquando singularibus observatio legis durior videatur.

(e) Prohibitio propter corporis vitium pertinet ad surdos, mutos, & cæcos. De surdis & mutis sunt textus *in* §. 3. *h. & l.* 10. *C. qui test. fac. poss.* quorum summa huc redit; posse mutum surdum testari, si voluntatem suam declarare valeant; mutum, si scribere, surdum, si loqui potest, tum hunc nuncupativum, illum etiam scriptum condere posse testamentum; Quin etiam mutum surdumque simul, eandem habere potestatem. Quod per se intelligitur, non posse de alio quam de eo, cui sinistro casu audiendi loquendi facultas ablata est, accipi; Nam cui a primis natalibus occlusæ fuerunt aures, hunc necessario & mutum esse, aut saltem ἀσήμως sive ἀνάρθρῳ φωνῇ, *voce inarticulata* loqui, ratio flagitat, quicquid Justinianus in *d. l.* 10. cum Celso philosophetur. Potius enim Plinio in hoc genere crediderim *lib.* 10. *c.* 69. quam Justiniano affirmanti, neminem reperiri adeo nihil exaudientem, quin percipere possit, quod alius *supra cerebrum* ipsius loquatur, qua de re videatur tamen Menagius *amœn. jur. cap.* 27. qui id exemplis quibusdam confirmat. Ipse alioqui hominem vidi a nativitate surdum penitus, ut ferebant, qui amicos & res necessarias nominibus suis appellaret, multaque verba imitari posset cum perspicuo intellectu, idque ex solo motu labiorum, quem in aliis animadvertisset.

5. (f) Mutis porro surdisque subjunguntur cæci, quos Paulus *lib.* 3. *sentent. tit.* 4. §. 4. *Testamentum*, ait, *facere posse, quia accire possunt adhibitos testes & audire sibi testimonium perhibentes*. Sed Justinus ad impediendas fraudes, quarum maxime apud cæcos copia, formam testandi peculiarem illis præscripsit in *l.* 8. *C. qui test. fac. poss.* qua primo cavetur, Testatorem cæcum voluntatem suam nuncupare debere, tum præter septem testes adhibere tabularium, qui dictatam voluntatem calamo excipiat, vel si tabularii copia haberi nequeat, octavum vocare testem; qui id loco tabularii præstet, omnesque deinde subscribant & signa sua apponant. Qua in re notandum, ex præcepto Legis Testamentum ita fieri nuncupativum & sine scriptis; necessarium tamen esse, ut scribatur eique subscribatur: Unde colligimus; non quicquid ad necessitatem alicujus rei pertinet, etiam pertinere ad essentiam: cum enim testamentum illud sit nuncupativum, fieri nequit, ut solemnitas scripturæ, quæ est propria speciei contrariæ, alteri oppositæ speciei sit essentialis. Est tamen, ut e textu apparet, omnino necessaria. Cæterum, potest etiam cæcus, testamenti instar scripti condere, hac ratione; ut voluntatem suam dictet amico, dein testes convocet cum tabulario: qui scriptam voluntatem in præsentia testium ac testatoris prælegat, dein Testator declaret, se vere ista & ex animi sui sententia disposuisse, tum testes roget, qui deinde cum tabulario subscribant & signent; mysticum vero, id est, occultum

(e) *Pos.* 11. (f) *Pos.* 12.

tum testibus, non potest cœtus condere testamentum. *d. l. 7.*

6. (g) Quarta prohibitionis causa est Improbitas, per quam primo testari vetantur omnes capitis damnati, quia, ut inquit Gajus in *l. 8 §. ult. D. qui test. fac. poss. Libertatem perdunt bonaque eorum publicantur; unde apparet, amittere eos testamenti factionem*. Atqui cum hodie capitis damnati libertatem retineant, quia servitus pœnæ sublata est, *Nov.* 22. *c.* 8 ut & sublata est publicatio bonorum, *Nov.* 134. *c. ult.* inde consequi putat Wesenbecius, *paratit. d. t. n.* 13. quod jure novo capitis damnati testamenta condere possint, quia cessent perspicue rationes, quibus olim effectum fuit, ut testamenti factione excluderentur. *d. l.* 8. §. *ult.* Sed etsi publicatio bonorum improbata & abrogata sit, damnatis tamen dispositio de illis minime concessa fuit, sed lex bona defert propinquis lineæ rectæ, quibus deficientibus adhuc publicatio sequitur, *d. Nov.* 134. *C. ult. in fine.* Ideoque magis est, ut jus vetus hac parte mutatum non videatur. Idque probat Carpzovius *part.* 3. *Qu. Crim.* 35. *n.* 19. *& seqq.* etsi de moribus aliter fere servari tradit.

SCHOLIUM.

Imo videtur esse mutatum, non tam ob rationem Nov. 134. c. ult. *quam ob rationem* Nov. 22. c. 8. *vid. Wesenb.* in Paratit. Qui testam. fac. poss. n. 13. *ibique Hahn. Cui sententiæ favet & Praxis morum nostrorum, & imprimis juris Saxonici*. Wesenb. d. l.

RESPONSIO.

Ratio servitutis pœnæ & publicationis bonorum, utraque in solidum, faciebat olim, ne damnatis testamentum facere liceret. Igitur, quando altera ex iis ratio superest, manet prohibitio. Scholiastes ipse fatetur, Rationem, quæ est a Publicatione bonorum, hac parte non esse sublatam. Ergo illa sufficit ad prohibitionem sustentandam.

N. ADDIT.

Fateor me aberrasse a vero in Scholio, & jam Autori consentio. Nam Novella 134 *derogat hac parte* Novellæ 22. *Et notum est Justinianum in materia successionum mire variasse.*

Deinde improbitatis causa prohibentur intestabiles, de quibus jam diximus Postremo, qui incestis se nuptiis funestarunt extraneos heredes instituere nequeunt. *l. 6. & Auth. incestas. C. de incest. & inut. nupt.*

TIT. XIII.

De Exheredatione Liberorum.

I. Quid exheredatio. II. Præteritio filiif. quem habeat effectum. III. Requisita exheredationis. IV. Posthumi quid habeant juris. V. Quid quasi posthumi. VI. Quid emancipati & adoptivi. VII. Quid novi juris introductum. VIII. Militaris testamenti hac parte licentia. IX. Justæ causæ exheredationis. X. Graviores similesque causas ejusdem generis admitti. XI. Removentur argumenta in contrarium. XII. Omissionem causæ non facere nullitatem. XIII. Respondetur ad objectiones.

(a) I*Nter cætera, quæ ad ordinanda Testamenta necessario desiderantur, principale jus est, de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis, l.* 30. *de lib. & posth.* adeo ut heredis institutio sit basis, caput ac fundamentum testamenti §. 34. *Inst. de Leg.* Hanc docendi causa distinguere licet in voluntariam & necessariam. Voluntaria fit eorum heredum, qui pro lubitu institui, vel exheredari possunt. Necessaria ad eos pertinet, quos testator instituere cogitur, nisi justam exheredandi causam habeat; *pr. h. t. l.* 1. *ff. de injust. rupt. irrit.* tales autem proprie sunt liberi in potestate testatoris constituti jure civili; & emancipati quoque jure Prætorio. *d. pr. &* §. 3. *instit. h. t.* Quia autem in heredis institutione primum præcipuumque caput est, quod ad liberos testatoris pertinet, ideo de his instituendis vel exheredandis, tam in Pandectis, quam in Institutionibus primo loco agitur; & quidem hæc inscriptio, de *exheredandis* dumtaxat meminit; quoniam institutio tam extraneis quam suis heredibus communis est, exheredatio autem proprie de solis liberis, & quidem suis, usurpatur, quemadmodum emancipatio. *l.* 132. *ff. de V. O.* Extranei non dicuntur exheredari, nisi cum prius instituti, postea a successione submoventur, ut in *l.* 27. *ff. ad. L. Falcid.* Locum igitur exheredatio dumtaxat habet in his, qui necessario instituendi vel exheredandi sunt, atque ita Exheredatio est Exclu-

(g) *Pos.* 14. & 15. (a) *Pos.* 1. 2, 5. & 6.

Digitized by Google

clusio ab hereditate lege *data*: Nam *suis*, id est, *qui defuncto proximi atque in ejus potestate sunt*, ipsa lege datur immediate hereditas, reliquis tantum defertur, §.2. *Inst. de hered. qualit.* quanquam latius & abusive Exheredatio pro omni exclusione ab hereditate, alioqui lege competente, sumi possit ac soleat.

2. (b) Filiifamilias igitur necessario instituendi vel exheredandi sunt. Nam silentio si prætereantur, testamentum adeo totum & ipso jure nullum est, ut nec legata, nec fideicommissa, nec libertates exinde valeant; * nisi filius ultro in paterna voluntate adquiescat, ejusque bonis abstineat; tunc enim dispositio, licet subtilitate juris invalida, ex bono & æquo sustinetur, *l. 17. ff. de injusto rupt. irrit. & l. 4. C. de lib. præt.* etiamsi filius ante patrem decesserit e vivis, *pr. h.t. l. 7. ff. de lib. & posth.* imo licet renunciaverit hereditati patris viventis, legitimaque ab illo accepta contentum se fore promiserit. per *l. 35. §. 1. C. de inoff. testam.* Sed Irnerius Constitutioni *l.ult. C. de lib. præter.* subjecit excerptum authenticum ex *Nov. 115. c.3.* quo juri veteri ex parte derogatum videtur. *Ex causa exheredationis*, inquit, *vel præteritionis, irritum est Testamentum, quantum ad institutiones. Cætera namque firma permanent.* Verum, si conferatur hic locus cum ipsa Constitutione unde sumptus est, patebit, eum de tali præteritione accipiendum, quæ pro exheredatione habetur, facta scilicet a matre vel avo materno. §: *ult. h.* Imperator enim tota ista *Nov. 115. c. 3.* docet, quomodo testamentum per querelam inofficiosi expugnetur, quam certum est, filio a patre præterito, nequaquam dari, ut notissimum, & probabitur *infra ad tit. de inoff. testam.* Indicat *in princ. d. cap. 3.* velle se aliquid prohibere, quod olim erat permissum. Atqui præteritio patris olim æque illicita erat ac hodie: sed matris avique materni præteritio, sine expressione causæ valebat, dum querela rescinderetur. *d. §. ult.* Hanc igitur cohibere, at de illa nihil sancire voluit. Consilium ipsi fuit, liberis prospicere adversus morositatem parentum: non contra, effectum aliquem tribuere ipsorum præteritioni, ut dissentientes volunt. Autores hujus sententiæ sunt Alciatus 4. *parerg.* 10. & Cujac. *ad Nov.* 18. aliique. Diss. DD. communiter & Bronchorstius *cent.* 3. *assert.* 20. qui per *d. Autent. Ex causa*. Mutatum esse jus vetus opinantur, quod nullo modo statuendum est.

SCHOLIUM.

Ego vero mutatum esse statuo. Autoris quippe opinio eo fundamento nititur, quod in d. N. 115. C. 3. agatur de testamento ope querelæ inofficiosi rescindendo, cum tamen agatur de testamento ipso jure nullo, sicut mox dicetur. Conf. Not. ad Strauch. IX. 15. p. 108.

RESPONSIO.

Appareo, inde quæsiti pendere summam, utrum in C.3. d. N. 115. *agatur de testamento ipso jure nullo, an, quod per querelam sit rescindendum, quod nos tenemus: idque sub finem hujus tit. comprobabimus, quo lectorem remittimus.*

N. ADDIT.

Quod circa hanc quæstionem DD. ita frequenter dissentiant, ita ut communis opinio repugnet communi opinioni, in causa est, quod Tribonianus, vel qui fuit minister Justiniani in conscribendis Novellis, ea laboraverit imbecillitate ingenii, ut non potuerit sensa animi breviter & dilucide proponere, sed ubique fere in verbis prolixus sit & multa otiosa ac inania verba adhibeat, in sententia vero sit obscurus, ut nescias quid voluerit, aut ut facile in utramque quæstionis partem suppeditet argumenta. Ita & in præsente quæstione contigit. Pro querela nullitatis faciunt verba initialia: non licere penitus *patri, vel matri &c. liberos præterire aut exheredes facere testamento, nisi forsan probabuntur ingrati & ipsas* nominatim *ingratitudinis causas parentes suo* inseruerint *testamento. Ex his verbis, si sola fuissent posita, quilibet facile intelligit, quod Imperator* formæ *exheredandi pristinæ, aliquid addere diserte voluerit & licentiam pristinam firmiter etiam exheredandi restringere; unde sequitur, si quid contra factum fuerit, querelam nullitatis locum habere. Sed cum in verbis sequentibus postea verbum* evacuationis *mistis casibus adhibuerit Imperator, hac voce arrepta DD. in aliam plane sententiam abierunt, putantes, querela inofficiosi impugnandum esse testamentum. Qui dissensus non est de inani conceptu*

(b) *Pos.* 3. 4.

* Jure Saxonico Electorali, testamentum hujusmodi, in quo Pater filium nec instituit, nec exheredavit, tantum quoad institutionem nullitatis vitio laborat, legata autem & fideicommissa in eo relicta sustinentur, & ab heredibus ab intestato ad successionem pervenientibus præstanda sunt, *P. 3. Const. El. 9.* ibique Carpz. *Def.* 3. Eadem Constitutione Matris quoque & Maternorum Ascendentium præteritio non pro exheredatione habetur, ut jure Romano, v. §. 7. *I. h.* sed salvis legatis ac fideicommissis, etiam talis dispositio nullitatis vitio laborare censetur, conf. Carpz. *L. 6. Resp.* 10. n. 5.

Digitized by Google

ceptu formulæ, sed in re ipsa etiam diversos effectus sortitur, quos exponit Autor hic n. 14. Jam videndum, quid utraque sententia utrique respondeat. Autor priori respondet initio d. n. 14. exheredationem non debita forma factam, pro præteritione haberi, non esse axioma universale, sed valere saltem de forma exheredationis secundum Jus antiquum. Quod quidem miror, Virο tanti Judicii excidisse, quasi nimirum forma non vi juris desinat esse forma. Definit autem, si potest adesse vel abesse sine læsione negotii cujus forma est. Igitur haud dubie DD. sententiæ prioris, hanc distinctionem Autoris inter formam, a qua essentia & subsistentia rei dependet, & a qua non dependet, non agnoscent, sed eum ad scholas Metaphysicorum remittent. Deinde dicit Autor; si explicatio prior obtineret, fieret nimis magna strages juris antiqui, sublata bonorum possessione contra tabulas, differentia suorum & emancipatorum quoad institutionem, sublatis item maxima parte titulis ff. C. & Inst. de inofficioso testamento & similibus. Quod profecto nimis gravis sit præjudicii, si statuamus, Justinianum, qui nunquam jus vetus, nisi cum multa præfatione & ostentatione prudentiæ suæ, abrogat, tot tamque præcipua juris capita, una consequentia silentioque abolevisse. Sed hoc argumentum saltem pro illustrante, non pro probante habendum est. Ostentationes Justiniani sunt fere in præfationibus Novellarum. Præfationes vero potissimum diriguntur ad materiam, de qua agit capitulum primum. At vero in Nov. 115. prioribus duobus capitulis de plane diversa materia agitur, nempe de appellationibus & aliis capitibus ad processum pertinentibus. His, nescio quo fato, emendatio de querela inofficiosi fuit adjuncta. Forte etiam occasio talis emendandi fuit, quæ non præbuit magnam ostentationis causam. Jam enim alii notarunt & ostendunt ipsæ leges Justiniani, quam turpiter inconstans fuerit in ferendis & mutandis legibus, testamentarias successiones & legitimas respicientibus. Deinde ista objectio Huberi ferit pariter ipsius sententiam ac nostram. Nam Jus antiquum pariter magnam stragem patitur eodem modo, etiamsi in istis casibus detur querela inofficiosi. Qui vero priorem sententiam defendunt, illi respondent ad verbum evacuandi, id sumi in sensu laxiori, ut correspondeat etiam querelæ inofficiosi. Vide Scholium infra ad tit. de inoffic. testam. n. 15. ab autore relatum. Deinde urgent, si semper, ubi quis contra dispositionem Novellæ fecerit, daretur querela inofficiosi, nulla esset differentia, an quis secundum, an vero contra Novellam fecerit. Nam & si quis secundum jussum Novellæ heredem exheredaverit, inserendo nominatim aliquam ex istis causis 14. tamen poterit heres legitimus querela inofficiosi uti, eum in finem, ut heres probare debeat illam causam. Si ergo quis causam exheredationis non inseruerit, & heres legitimus instituat querelam inofficiosi, at heres scriptus probet aliquam ex 14. causis subesse, tum sane non obtinere possit actor, qui obtinuisset, si instituisset querelam nullitatis. Adeoque verba Imperatoris de inferenda nominatim causa, nullum haberent effectum, sed frustra essent posita & impune possent negligi. Mihi quidem ista ratio fortissima videtur. Sed aliter visum Autori, qui intr. n. 13. respondet, ostendendo rationem disparitatis inter querelam inofficiosi prioris & posterioris generis. Cum enim causa exprimitur, dicit, heres ad probandum eam causam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum exclusione exheredati. Sed omissa causa, exheredatus querelam necessario obtinebit, ejusque præsidio testamentum oppugnabit. Hic dissenties rem ipsam quidem concedent in posteriori casu, si videlicet querelam nullitatis instituas, negabunt vero, istam assertionem admitti posse, supposito, quod eo casu querela inofficiosi fuerit instituta. Fundat se querela inofficiosi, quanta est, in iniquitate testatoris, quod videlicet contra regulas æquitatis & pietatis, sine justa causa actorem exheredaverit aut præterierit. pr. inst. de inoff. testam. Jam ponamus: Testator post Novellam 115. exheredavit filium, non apponendo causam. Filius querelam instituens non poterit aliter conqueri, quam quod Pater inique & sine justa causa exheredaverit. Igitur quæstio est inter actorem & reum, an ea actoris assertio sit vera. Et nulla adeo ratio subest, quæ reum excludat a probatione, quod justa causa exheredandi, nimirum aliqua ex illis 14. subfuerit. Quod si urgeas, ita formulam agendi in hoc casu non debere concipi, sed hoc modo: Pater me injuste exheredavit, quia nullam causam adscripsit: Et sic heredem ad probationem causæ non admitti, quia hic sit saltem in quæstione, an pater scripserit, vel non, quod evidentia testamenti ostendat. Contra haud dubie respondebunt dissentienentes, formulam hoc modo formatam, non pertinere ad querelam inofficiosi testamenti, sed ad querelam nullitatis. Neque enim ullam subesse iniquitatem, quod pater causam non adscripserit,

ferit, *quamvis ita recte dicatur* injuste *exheredasse*, *quatenus injustum denotat id*, *quod* non solenne *& ita* nullum *est*. *Iam uti cuilibet liberum relinquo eligendi sententiam ex istis duabus quam voluerit*, *ita non diffiteor*, *si res ex meo definienda foret ingenio*, *mihi adhuc placere priorem sententiam prae contraria Autoris*.

Caeterum, jure Praetorio non esse per se nullum id testamentum, in quo filiusfam. est praeteritus, dixi *ad tit. de Testam. ordin.* & probatur, quia dat bonorum possessionem contra tabulas filiofam. praeterito, perinde ac emancipato, §.12.*I.de hered.inst.*quae *ab intest.*quod fieri non posset, si tabulas pro nullis haberet. Quanquam tamen absolute illas non probat, quia scriptis heredibus non dat possessionem secundum tabulas, nisi cum certum est filium jure suo non usurum. *l.2.pr. ff de bon. poss. sec. tab.* Quin etiam si filius malit uti b. possessione *Unde liberi*, ab intestato, hanc quoque concedit, *l.* 1. §. *ult. ff. si tab. test. ext.* rei veritate potius & eventu, quam specie tabularum considerata. Unde liquet, praecipuo respectu tabulas a Praetore quasi pro nullis haberi, quia non secundum eas, sed ab intestato dat b.p. Agnosci autem tabulas pro tabulis, non ut effectum vel minimum habeant, sed ut filiisfam. praeteritis remedium jurisdictionis suae illis accommodet.

3.(c) Exheredatio ut rite fiat, desideratur *in hoc princ.* I. ut nominatim filius exheredetur; nam filiam necesse non erat proprio nomine demonstrari, sed *inter caeteros* sub generali exclusione comprehendi poterat. *d. princ. l.* 1.2.3. *D. h. t.* II. Pure, non sub conditione. *l.*3. §. 1. *eod.* Ratio utriusque est in *l.*18. *p.ff. de bon.poss. contra tab.* quia liberi certo parentum judicio exheredari debent: certum autem non est, quod a conditione suspenditur, aut locutione circumducta significatur. Tertio, debet fieri exheredatio a tota hereditate, non ab re certa, veluti a fundo, *l.*19.*ff.de lib.& post.*tametsi institutio ex re certa jure fieri possit, ut infra videbimus & in ipsa *l.* 19. memoratur. Quin etiam, si legatum filio Pater reliquerit, eumque a reliqua hereditate excluserit, non valere exheredationem, Paulus ex sententia Scaevolae respondit in *d. l.* 19. *ff.de lib. & posth.* nisi legatum illud acceperit atque agnoverit filiusfam. *l.* 10. §. 1. & *l.*12.*pr.ff.de inoff.* aut legatum quartam legitimam exaequet, §.*ult. instit. de inoff.* quomodo possunt, ut videtur, conciliari *d. l.* 19. *& d. l.* 10.§.1. *l.*12 *pr ff de inoff. test.* Subtilius & forte rectius ita potest dici; non valere legatum, quo exheredatio leniatur & limitetur ad eamque se referat: seorsim ab exheredatione legatum, ut cuivis extraneo relictum, quo minus valeat, nihil obstare videtur. Quarto requiritur, ut exheredatio fiat ab omnibus heredibus, non a certa persona. Quinto, *ab omni gradu*, non a solis institutis, sed etiam a substitutis, hoc modo: *Uxor heres esto*, *Cajus filius exheres esto*, *Si uxor heres non sit*; *Titius heres esto*, *Cajus Filius exheres esto*. *l.* 3. §. 2. 3. 6. *de lib. & posth. & l.*8. §.3. *ff. de bon.poss. cont. tab.* Quod si ab uno tantum herede filium exheredaverit, institutio tota vitiatur, veluti; *Titius, filio Cajo excluso*, *heres esto*. *Maevius heres esto*, *Lucius*, *Sempronius heredes sunto*. *d. l.* 8. §. 3. Quod si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit (veluti, *Titius heres esto*, *si Titius heres non sit*, *Maevius*, *filio meo excluso*, *heres esto*) primus tantum gradus vitiatur & substitutus fit statim heres. *d.l.*3. §.*ult ff de lib. & posth. & l.*43. §.2. *ff. de vulg. & pup. Substit.* Sed media inter utrumque gradum exheredatio ad utrumque porrigitur, *d.l.*3. §.4. item, quae facta est ante primam vel post ultimam institutionem, pertinet ad omnes. §. 5. *d. l.* 3. Horum trium requisitorum ratio non multum abludit ab ea, quae in duabus prioribus fuit, quod exheredatio non nisi certo parentum judicio, plenoque & determinato fieri debeat consilio, ut pater filium quasi morte dignum judicet, idque sine *remorsu*, cujus indicium esse videtur, si non plene planeque eum excludat, sed, ostio clauso, fenestram rursus aperiat.

4. (d) Debet etiam juste fieri exheredatio, hoc est, ob aliquam ingratitudinis causam Legibus expressam, de quibus paulo inferius agetur. Sed in posthumis doctrina praeteritionis paulo aliter Sese habet. Sunt autem Posthumi (potius postumi) proprie, qui post obitum Patris sui nascuntur; at in §. 2. generaliter, qui post factum testamentum, sui heredes testatori adnascuntur, qui etiam institui debent, vel rite exheredari, scilicet pure, ab omni hereditate, & *nominatim*, si masculus nascatur; nam si femella, exheredatio inter caeteros facta valebat, modo aliquid iis legaretur, ne per oblivionem praeteritae viderentur. *hoc* §. 1. Praeteritio autem postumi non facit testamentum ipso jure nullum, ut a principio non valeat; sed ante nativitatem jure factum censetur, *l.*3. §. 3. *ff. de injusto rupto*; & demum agnatione post-

(c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 8. 9. 10.

Digitized by Google

posthumi rumpitur, atque *ea ratione totum infirmatur*, ait Imper. *d.* §. 1. Unde patet neque legata nec fideicommissa ex eo deberi, quod per *Nov.* 115. non magis esse abrogatum, quam modo præteritionem filiorumfam. ex rationibus ante productis apparet, etsi dissentiat Pacius *ad hunc* §. Accursius & alii, quos sequitur novissime D. Wissenbach. *ad tit. D. de ventr. in poss. mitt.* etiam *Scholiastes* noster *ad pos.* 10. *h. t.* Jure veteri memorant posthumos & infantes potuisse exheredari, jure novo posse nequaquam, utpote quibus nulla conveniat causa ingratitudinis. Sed verius & utilius, hac parte minus inter jus vetus & novum, quam illis videatur, discriminis reperiri. Nam jure veteri non apparet, filios de quibus probari posset, quod satis erga parentes officiosi fuissent, cum effectu potuisse exheredari, ita ut a bonis paternis penitus excluderentur, sed tantum hoc sensu, quod testamentum in quo puer vel posthumus exheredaretur, immediata vi legis non esset nullum, neque sola nativitate rumperetur, sed initio valeret, donec per querelam expugnaretur, §. 2. *in fin. Inst. de inoff. testam.* quod aliter jure novissimo obtinere, nulla ratione locove animadvertimus; nusquam enim traditur testamentum, in quo posthumus sit exheredatus, esse nullum, vel agnatione rumpi, sed per querelam rescindi. *N.* 115. *c.* 3. Saltem hoc interest hodie, quod, cum olim causæ pro arbitrio centumvirorum probari vel improbari possent, nunc Imperator certum earum numerum præscripserit, quorum canone judices obstringerentur. Sed aliquas olim causas Patrem habere debuisse, probatur ex *l.* 7. *pr. ff. de bon. damn.* ubi, *certis de causis*, vel potius, ut habet lectio Florentina, *meritis de causis*. Nam si probare possent liberi, *quod obsequium debitum jugiter parentibus adhibuissent*, adeoque *immerentes* se fuisse exclusos, per querelam hereditate potiebantur, *l.* 5. *D.* & *l.* 28. *C. de inoff.* duntaxat fuere causæ, quibus, salva pietate, Parentem moveri consentaneum fuit, velut si filium aliunde locupletem in gratiam liberorum egentium exheredem scribat. Matri quoque videtur fuisse permissum, ut odio mariti filium ex eo susceptum Patri quasi relinquere & a successione removere posset, quod ut iniquum prohibuit Justinianus in *l.* 33. §. 1. *C. de inof. test.* Adde Vinnium *Comm. ad d.* §. 2.

5. (e) Hæc non modo de posthumis stricte ita dictis, qui post *humatum* patrem sunt nati, sed de omnibus, *qui post testamentum factum jus suorum heredum consecuti sunt*, intelligenda fuerint: sic enim si tu posthumos definieris, omnes eorum species, quæ variæ ex variis legum capitibus fuere, perspicue complecteris. Sunt autem vere, vel quasi *post nati*. Vere, post *mortem testatoris*, vel eo vivo *post factum testamentum*, tam filii quam nepotes. *Quasi post nati*, sunt Nepotes, qui vivo eo, vel ante vel post factum testamentum nati ex filiofam. mortuo vel emancipato Patre, avo in locum proximum, ac ita *sui* heredes evaserunt; de quibus paulo agetur distinctius *ad h. t. ff.* Veri posthumi agnascendo, sicut intelleximus, rumpunt testamentum. Quasi tales idem *quasi* agnascendo *rumpere* dicuntur: & sic ad imitamentum veræ agnationis atque ruptionis, jure, quæ de posthumis veris prædicavimus, huc *ἀπὸ κοινοῦ* transferuntur.

6. (f) Instituendi igitur vel exheredandi necessitas, in suis duntaxat heredibus obtinebat, id est proximis gradu & in potestate constitutis. Emancipati, qui de familia exierant, quemadmodum Lege XII. Tab. non vocabantur ad successionem ab intestato, ita nec necesse erat comprehendi, sed ut extranei impune præteriri poterant. §. 3. *h.* Verum Prætor sicut in eorum gratiam bonorum possessiones intestati Edicto introduxit, ita etiam Testamento facto succurrere illis voluit; eo modo, ut si liberi emancipati utriusque sexus præteriti fuerint, habeant bonorum possessionem contra tabulas, * *d.* §. 3. *in f.* per quam, inquit Theophilus, filii & nepotes totam hereditatem, filiæ neptesve tantundem consequuntur, ac filiæ præteritæ jure civili titulo accrescendi habebant, per quem suis heredibus auferebant portionem virilem, extraneis semissem, teste Ulpian. *tit.* 22. §. 17. quod est intelligendum de Constitutione Antonini Magni, id est Marci philosophi, opinor, nam olim filia per *contra tabulas* totum rescindebat, si fides Justiniano in *l.* 4. *C. de lib. præt.* (g) Liberi vero adoptivi, paris jure Civili conditionis erant cum Naturalibus, adeo ut silentio præteriti Testamentum dicerent nullum. Sed emancipatis a patre adoptivo, nec jure Civili nec Prætorio ullum dabatur remedium contra ejus præteritionem, quia soluto per emancipationem vinculo adoptio-

(e) *Pos.* 11. (f) *Pos.* 12. (g) *Pos.* 13.

* Jure Saxonico etiam hoc casu, quo liberi emancipati fuat præteriti, testamentum erit nullum. *C. El.* 9. *P.* 1. quæ generali hic liberorum & parentum appellatione etiam emancipatos comprehendat.

ptionis, nulla supererat æquitas naturæ & sanguinis, qua Prætor ad suum subsidium accommodandum impelleretur. Verumtamen in bona Patris naturalis idem jus ei beneficio Prætoris supererat, quod reliquis liberis emancipatis; si modo Pater ejus naturalis, emancipatione eveniente, adhuc in vivis foret; illo enim extincto bonisque pridem divisis, ne quidem ad naturalis parentis bona supererat regressus; quod ut emendaret Justinianus, filio ab extraneo adoptato omnia jura integra servavit in successione Patris naturalis, *l.10. C. de Adopt.* qua de re dictum supra *ad* §.2. *de Adopt. ad pos.3.*

7. (h) Prærogativa marium præ feminis, ut modo audivimus, jure antiquo eximia fuit. Sed Justinianus simplicitati naturæ convenientius putavit, utrumque sexum eodem jure censeri. Ideo constituit, ut filia, si non esset nominatim exheredata, perinde ac filius, pro præterita habeatur, cum olim jus accrescendi habuerit: Dein, ut filia præterita gaudeat eodem jure quo filius, nempe Sua testamentum dicat nullum, emancipata bonorum possessionem contra tabulas habeat, prout latius explicatur in *d. l. 4. C. de lib. præt. &* §. 5. *h.* Discrimen autem inter suos & emancipatos, quo illi de nullitate, hi bonorum possessione contra tabulas agunt, nec in ista *l.4.* nec alibi usquam abrogatur. Atqui in *d.* §.5. sunt verba, quæ si præcise a cæteris intuearis, id inferre videntur; *ut omnes, sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda*, quasi nulla prorsus inter eos differentia supersit. Sed ex præcedentibus & consequentibus satis liquet, hunc esse sensum, omne discrimen sexus sublatum esse inter omnes, *sive sui sive emancipati &c.* (i) Circa adoptivos quid jure novo constitutum sit, docetur *in eod.* §. 5. *in fin.* ubi se refert Imperator ad distinctionem alibi memoratam, adoptatos scilicet ab extraneo posse impune præteriri, sed ab aliquo in adscendenti gradu præteritos, testamentum dicere nullum. §. 14. *I. de Heredit. ab intest.*

8. (k) Necessitas illa instituendi nominatim vel exheredandi liberos, ut omnia fere testamentorum requisita, a militibus haud perinde exigitur. Nam ut eorum testamenta per querelam inofficiosi non rescinduntur, *l.27.* §. 2. *ff. de inoff.* nec ob defectum solemnitatum vitiantur, ita Militum testamenta ne quidem ob præteritionem liberorum qui in potestate sunt valere desinunt, modo testatores non nesciverint se habere filios. Nam si constet hoc eos ignorasse, vel quod uterum gestare uxorem non senserint, vel falso de morte inaudierint, nihil valere testamentum, docent Impp. in *l. 9. & seqq. C. de Testament. mil.* at si de vita filiorum certi, tamen eos silentio omiserint, perinde habetur ac si diserte exheredassent, §. 6. *h. t. l.* 10.*pr.ff.de bon libert.* & cum militaria testamenta querelæ inofficiosi subjecta non sint, per *d. l.27.* §. 2. sequitur, liberis nullum superesse remedium, quo paternam hereditatem, licet optime meriti, nec quidem quo legitimam vindicent, cujus satis constat exheredatis minime dari petitionem; quanquam & credi par est, rarissime fieri, ut liberi a parentibus immerito exheredentur. (l) Porro non militum modo, sed etiam matris avique, seu sciverint sive ignoraverint se habere liberos, *l.27.* §. 1. *& l. seq. ff. de inoff. testam.* & omnium qui extraneos heredes habent præteritio, vim habet exheredationis, quia necessitas instituendi nominatim vel exheredandi, de solis, ut dictum, suis heredibus intelligitur. Ideoque præteriti ab his, movent querelam inofficiosi, quæ competit exheredatis, §. *ult. h.* quod infra latius docetur.

9. (m) Exheredatio etiam *juste* fieri debet: Ad justitiam vero quid requiratur, olim erat in arbitrio Centumvirorum, teste Val. Max. *lib.7. cap.7.* Quintil. *l.4. cap.7.* Plinio 4. *epist.8.* Sed Justiniano minus e republ. visum fuit, rem tanti momenti esse arbitrariam; qui proinde Canonem certarum caussarum condidit, quibus tam judices quam testatores adstringerentur. Et quidem Parentibus præscriptæ sunt caussæ quatuordecim, relatæ *in cap.* 3. *Nov.* 115. propter quas liberos ab omni hereditate excludere possunt. Earum pleræque spectant personam Parentis directe, quædam honorem ejus indirecte lædunt. Pleræque filiis & filiabus communes sunt, quædam speciales. Communes sunt hæ: I. Si quis parentibus suis gravem injuriam fecerit, *βαρεῖαν καὶ ἀπρεπῆ*, ait Justinianus *in* §. 2. *d. cap.* 3. II. Si manus iis intulerit. III. Si vitæ insidiatus sit. IV. Si per delationem Parenti grave damnum incusserit. V. Si *cum maleficis hominibus ut maleficus versetur*, ubi per *maleficos* intellige, non malos, sed *veneficos*, ut in *tit. Cod. de malef. & mathemat.* Nam in Græco est, *Εἰ μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακὸς συναναστρέφεται.* VI. Si testari prohibue-

(h) *Pos.* 15. 16. (i) *Pos.* 14. (k) *Pos.* 17. (l) *Pos.* 18. (m) *Pos.* 8.

Digitized by Google

hibuerit. VII. Si furiosum neglexerit. VIII. Si captivum non redemerit ab hoste: quibus casibus hæreditas ipso jure quoque aufertur, ut & IX. Si hæretici fuerint; quales pronunciantur §. 14. qui quatuor Synodis Nicænæ, Constantinop, Ephesinæ primæ. & Chalcedonensi non assentiuntur. Speciales filiorum sunt: X. Si patrem criminis, excepto Majestatis, accusaverint, §. 3. (mulieres enim ab accusatione arcentur omnino *l.8. ff. de Accusat.*) XI. Si novercam aut Patris concubinam corruperint. §. 6. XII. Si mimos parentibus invitis sint secuti. XIII. Si Patrem carceri inclusum, fidejussore oblato, non liberaverint, quod filiæ non imponitur, quia intercedendi incapax est. Postremo, si filia minor annis 25. cui Pater dotem & maritum dare volebat, αἰσχρὸν βίον, *turpem*, id est, meretriciam *vitam* elegerit. Liberi parentes exheredare possunt octo de causis. I. Ob accusationem capitalem. II. Propter insidias vitæ structas. III. Ob stuprum uxori, vel concubinæ illatum. IV. Ob prohibitam testandi facultatem. V. Si pater liberos ab hoste captos non redemerit. VI. Si in furore constitutos neglexerit. VII. Parentem hæreticum filius excludere potest. VIII. Si venenum Pater uxori, quæ & mater filii, aut viceversa mater paraverit marito. *d. Nov.* 115. *c.*4. Fratri vero adversus fratrem, tres ingratitudinis causæ imputantur in *Nov.* 22. *cap.*47. *in pr.* si aut vitæ insidias, aut criminis accusationem, aut bonis jacturam inferre sit ausus.

10. Jam de causis illis exheredandi octo & quatuordecim, affirmat Imperator, quod ὀνομαστὶ, *nominatim* eas comprobaverit, nec alias excogitari permittat. * *in pr d. c.* 3. Quæ tamen verba plerique ita recte interpretantur, ut aperte similes, vel atrociores in *eodem genere* non excludantur, sed leviores, aut *toto genere diversæ*, quæque non sint liquido graviores. Concedimus, licere Patri filium mimos sequentem exheredare; non licere homicidam & adulterum, quia sunt hæc diversi generis crimina suisque pœnis adficiuntur. Verum, ut in eodem genere sic verba captemus, ut extentionem ad similia aperteque graviora præcludamus, non permittit civilis ratio sapientiæ: Nec ullo modo existimandum, ea fuisse mente Justinianum, ut rem absurdissimam sanæque rationi & humanitati prorsus contrariam statueret: Parenti scilicet licere filium exheredare certa de causa non valde gravi, verum si multo adversus eum atrocius peccasset filius, idem non licere: Si Patrem carcere clausum filius fidejussione liberare cunctetur, exheredandus erit: at si ipse eum in carcerem per injuriam compegerit, id non licebit? Si patrem testari prohibuerit, exheredari mereatur, si compulerit & coëgerit ad suam libidinem testari, non poterit? Si filius novercam corruperit, fulmine testamentario dignus est, si filia se vitrico substraverit, matri invitæ fiet heres? Liberi & parentes hæretici merito exheredantur, a quibus differre certum est atheos & blasphemos; ergone in hos, qui Deo convitiantur eumque abnegant, idem quod in male sentientes & errantes non licebit? Hæc sane aliaque, si Viglius, Connanus, Bronchorstius, Giphanius, Perezius, aliique verbis Justiniani mordicus inhærentes urgeant, religio erit illis adsentiri. Si qua inde absurditas, ajunt, hæc Legislatori imputanda est; Sed verba non sunt tam violenta, ut nulli mitigationi pateant: Vult emendare licentiam juris antiqui Imperator, quo prorsus arbitraria causarum dijudicatio erat; ad cohibendum judicem præscripsit Canonem, ex quo haberet quod sequeretur, non tamen ut κωφὸν πρόσωπον, *mutus* & cœcus esset, neque ex arte æquitatis & paritate inevitabili rationis idem jus statueret, ubi par aut major aperte ratio militaret; interpretatio legum semper hoc habet conjunctum, ut apparet ex *l.* 10. *& seqq. ff. de leg. l.*13. *ff. de Testib. l.* 11. *ff. de Pœn.* Certum est tamen, non valere consequentiam ad similia & majora, si toto genere diversa sint; valere cum sunt ejusdem generis & naturæ, qualia modo produximus. Secus in aliis, sic gravius est, Filium habere Lenonem, quam si mimos sequatur; ob lenocinium tamen exheredari posse filium, licet ob societatem mimorum possit, ex Canone Justiniani haud facile dixerim; ne quidem ob venerem infandam, tametsi omnibus causis atrociorem.

11. Sed

* Decisio Electoralis 52. Novellam 115. prorsus sequitur, ac præter ibi denominatas nullas alias allegari aut admitti patitur, vid. Phil. *ad d. Dec. obs.* 1. & in *Usf. Pr. inst. L.* 2. *Ecl.* 57. Sicuti autem ea, non magis quam Novella, causas atrociores in eodem genere e. g. concubitum cum Matre aut Patre sec. *d. Nov.* 115. *c.* 3. §. 6. excludere voluisse videtur, ita nec per eam derogatum fuit Ordin. Matrimoniali *d. an.* 1574. *concl.* 1. quæ liberos sine Consensu Parentum nuptias contrahentes a Parentibus usque ad dimidium legitimæ, aut in solidum, exheredari permittit. vid. *dicta Lib. I. Tit. X.* §. 9.

Digitized by Google

11. Sed ita hodie, opponit Viglius *ad §.ult. h. t. non quatuordecim, sed infinitæ prope ac innumerabiles erunt causæ*. Atqui si non aliam, quam ad ea quæ aperte similia vel graviora, quin & ejusdem generis naturæque sunt, extensionem statuamus, parvi illud periculum momenti videtur, nisi casus & facta, non genera factorum intelligat, cujusmodi innumerabilia dari posse, neque negamus, neque absurdum est. Dein, *quid opus*, inquit, *enumeratione erat, aut in quo veterum altercatio sublata est: si adhuc alios licet assumere*? Jam responsum est, ut regula Judicibus præscriberetur, quam prius non habebant; regula autem est præceptum generale, quod uni speciei præcise applicari non potest: Ecce, causarum una est, *si filius gravem injuriam Parenti ingesserit*; an non hæc generalis, omne plures injuriæ species complectitur, quarum ab una ad alteram necessario argumentandum? Tertia Viglii objectio; *Imperator queritur, ab antiquis graviores fuisse causas prætermissas*. Jam si extensio ad graviora per se est licita, quid opus erat nominatim a Justiniano graviores memorari? Dicendum, quod Justinianus incuriam veterum reprehendens, exprobrat iis, quod leviores causas proponerent, cum graves ponere deberent, quas subintelligebant: Se autem ut causas vere dignas traderet, levioribus omissis, posui se pares & dignas. Hoc quippe ineptum ei visum, docere, liberos ob leves causas posse exheredari, nec meminisse graviorum. Quartum Viglii argumentum reliquis acrius & validius videtur, quod habet ad §. *ult. Inst. de Inoff. testam in fine*. *Nam si communi opinioni adhæremus, cur non idem etiam tradimus in iis causis, ob quas frater a querela excluditur? An minus grave est cum fratris conjuge rem habere, quam ipsius facultates diminuere? Quæ autem res conjugis amori, quem iste avertit, æquiparari debet? Et tamen ibi tres tantum causas posuit Imperator, liberorumque & fratrum ingratitudinem causarum numero distinxit*. Primo, quod opinionem, quam tuemur, communem Viglius agnoscit, bene habet; Inter causas vero fratris exheredandi & liberorum non parum dici potest interesse; Nam frater testatoris de merito exheredationis disputare non potest, nisi turpis persona heres sit instituta. *l. 27. C. de inoff. testam*. Quod si fecerit testator, forte mirandum non erat, strictius exheredationem ejus quam parentum filiorumque censeri: nemo, inquam, mirabitur, fratrem, qui meretricem aliumve hominem instituit infamem, fratre exheredato, minus ad hoc licentiæ habere, quam Patrem & Filium erga se invicem, si heredes honestos scribant. Qua in ratione si quis non adquiescat, huic cogitandum, ne nihil absurdi in eo situm videatur, quod etiam in fraternis causis argumentum a pari & a majori obtinere possit.

Una superest ratio, cui occurrere sit operæ pretium, petita a frequenti regula, quod in his, in quibus specialis sanctio Legis requiritur, nulla similitudo vel consequentia admittatur. Hinc mandatum meri imperii Lege Julia in casu absentiæ permissum, *l. 1. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* negatur ab Interppr. ad casum morbi trahendum; adde D. Wissenbach. *disp. 30. thes. 17. part. 1. ad Pandect.* Sed causæ exheredationis sine dubio ex speciali lege proficiscuntur. Responde distinguendo, utrum lex de casu uno certo & limitato, an de multis ac indefinitis agat, quales hæ causæ, de quibus loquimur: In priori genere facile omnis consequentia præcidi potest, in posteriori non æque. Præterea interesse videtur, utrum Legis sanctio moralibus personarum meritis nitatur, an ratione mere *positiva*: Si hac, tum nihil mirum est, casum, quem Lex non ponit, sub eo quem ponit non comprehendi; Sed ubi lex ejusmodi meritis movetur, valde durum est non producere legem ad eos casus quibus merita illa prægnantiora sunt, quemadmodum alibi de causis revocandæ donationis propter ingratitudinem donatarii diximus, *supra de donat. ad pos. 30.*

12. Porro scriptum esse filium exheredem justa de causa, tametsi illa probari queat, non sufficit, nisi Parentes, ait Imperator *d. cap 3. in pr.* nominatim illam testamento inseruerint. Quo non facto, nullum exheredatio effectum habere potest, sed querela inofficiosi testamentum omnino rescinditur; quod volunt verba in *d. N. 115. c. 3. §. 12. in fin evacuata institutione*, item §. *ult. vers. si autem*. Evacuato testamento; *cap. 4. §. 8.* legitur, rescisso testamento, quibus *adde arg. l. 208. ff. de R. J.* in Græco sunt ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι, quæ supponunt κῦρος καὶ σύστημα καὶ βέβαιόν τι, *aliquid validum & firmum ab initio quod fuerit*. Contraria verba, *quod testamentum in sua maneat firmitate*, extant in *d. cap. 3. §. 12. in fin. & §. ult. vers. sive igitur. cap. 4. §. 8.* ibique sine dubio habent hunc sensum, quod Testamentum querelæ inofficiosi non sit subjectum. Unde sequitur, verba ἐκ παραλλήλου his adversantia, sen-

ſenſum quoque perfecte habere contrarium, ac efficere, ut locus querelæ eſſe dicatur.

13. Renovatur heic loci objectio, quam alibi paſſi ſumus ſine noxa; quod exheredatio non rite debitaque forma facta, nihil quam præteritio ſit. §. 12. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt.* Dictum enim pridem, id obtinere de interna perfectione formaque exheredationis, ſecundum jus antiquum, a quo diverſum eſt requiſitum de juſtitia cauſæ, quodque inde dependet. Præterea objicitur, quod ex hac ſententia ſequatur, præceptum Juſtiniani de cauſis teſtamento inſerendis impune poſſe negligi, nihilque intereſſe utrum exprimatur cauſa vel non, ſiquidem utroque caſu querela locum inveniat: Sed nihilominus aliter ſe res habet: Cum enim cauſa exprimitur, heres ad probandum eam cauſam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum excluſione exheredati; ſed omiſſa cauſa, exheredatus querelam neceſſario obtinebit, ejuſque præſidio teſtamentum expugnabit. Nec tamen propterea inanis argutia dicenda eſt, quod teſtamentum illud nunquam habeat effectum, neque vero ſit nullum. Quippe ſi dicamus, exheredationem ſine cauſa expreſſa teſtamentum facere ipſo jure nullum, ſequitur, quod & liberi emancipati, quique nunquam in poteſtate fuerunt, teſtamentum perinde nullum dicant, ſi tacitam ob cauſam ſint exheredati; quod poſthumi exheredati teſtamentum agnaſcendo rumpant, quia cum cauſa nullo modo exheredari poſſunt; aliaque plura inde ſequentur, fietque nimis quam magna ſtrages juris antiqui, ſublata bonorum poſſeſſione contra tabulas, differentia ſuorum & emancipatorum quod ad inſtitutionem, titulis *ff. C. & Inſt.* maxima parte de inofficioso teſtamento, & ſimilibus. Quod profecto nimis eſt gravis præjudicii, ſi ſtatuamus, Juſtinianum, qui nunquam jus vetus niſi cum multa præfatione & oſtentatione prudentiæ ſuæ abrogat, tot tamque præcipua Juris capita una conſequentia ſilentioque aboleviſſe. Porro, illa quidem expreſſio cauſæ ſpecialiter in exheredatione a parentibus facta deſiderari videtur. Nam quod liberi aut fratres neceſſe non habeant certum addere judicii ſui elogium, dubio caret, quia reſpectu illorum id nuſquam præcipi videmus, ſed ratione *Parentum* duntaxat, *in pr. d. cap.* 3. tum quia nihil intereſt, utrum parentes exheredentur an prætereantur, cum neque veteri nec novo jure omiſſio illorum per ſilentium cauſam nullitatis præbeat. Qua ratione colligitur, ne quidem a matre avoque materno expreſſionem cauſæ requiri; tametſi horum diſerte mentio fiat *in princ. cap.* 3. & mox generaliter in parentibus requiſitum exprimendæ cauſæ memoretur; Nam quia certum eſt, matris avique materni præteritionem pro exheredatione haberi, §. *ult. h. t.* neque id uſquam mutatum legimus, fieri non poteſt, ut ubi ſilentium ſufficit, ſpecialis expreſſio cauſæ neceſſaria eſſe dicatur. Cui rei conſentaneum eſt, qui præteriti pro exheredatis habentur, eos cum effectu excludi ab hereditate; modo probari poſſit, quod ex aliqua memoratarum legibus cauſarum vere parentes offenderint. Diſſentit etiam Scholiaſtes noſter *ad finem* laudans *ὁμόψηφον* Struvium *Ex.* 32. *th.* 16. ſed rationes occupatæ ſunt.

T I T. XIV.

De heredibus inſtituendis.

I. Quid ſit Heredis inſtitutio, & de perſonis, quæ poſſunt inſtitui. II. De partitione hereditatis. III. Quid ſi teſtator jus accreſcendi prohibuerit. IV. Quid ſi teſtator unum vel plures ex re certa inſtituerit V. Quid juris si plures ſimpliciter, item si quidam cum partibus, alii ſine partibus ſint ſcripti. VI. De modis inſtituendi, ubi de adjectione temporis. VII. De adjectione conditionis, ubi quid & quotuplex ſit conditio.

(a) HEres eſt Succeſſor in univerſum jus quod defunctus habuit, *l.* 24. *ff. de V. S.* & *l.* 62. *ff. de R. J.* unde, quid ſit heredis inſtitutio, nihil inquirere neceſſum eſt; Surrogatio videlicet in univerſum jus, quod defunctus tempore mortis habuit. Qua ratione autem inſtituatur, ex natura Teſtamenti, cujus caput ac baſis inſtitutio eſt, intelligitur; quod cum ſcribendo vel nuncupando perficiatur, ſequitur, heredem quoque inſtitui per ſcripturam vel

(a) *Poſ.* 1. 2.

Digitized by Google

vel vivæ vocis nuncupationem; nec refert cujusmodi verbis testator sit usus; * modo per ea satis liqueat voluntatis intentio, licet femineci & balbutiente lingua proferantur. *l.* 15. *C. de Testam.* Est autem Heredis institutio vel talis in specie, vel Substitutio, de *qua titulo sequenti*. (b) Quoad institutionem, hoc capite agitur *primo*, de personis, quæ possunt institui, *secundo*, de partibus hereditariis, *tertio*, de modis instituendi. De personis ait Imp. permissum esse heredes instituere tam liberos homines quam servos: *ὕστερον πρότερον*, pro *tam servos* quam liberos, & quidem servos potest tam alienos ex persona dominorum *l.* 31. *h. t.* quam proprios simul cum libertate; etiamsi & simpliciter instituti hereditate pariter ac libertate potiantur, *h pr. l pen. C. de necess. serv. her.* ex ratione supra dicta ad §.2. *I. Quib. ex caus. man. non lic.* Nisi quod servus adulterio dominæ maculatus, ab eadem nullo modo per testamentum honorari possit, *d. pr. in fin.* quemadmodum nec ullus omnino servus a domina adulterii accusata manumitti potest, ne quæstioni subducatur; quod & de iis verum esse ait Ulpianus in *l.* 12 §. 1. *Qui & a quib. manum.* qui extra ministerium mulieris in agro vel in provincia fuissent; quod quidem perquam durum, at legem ita scriptam esse subjungit, verum mitigatus est ille rigor, & sanctio ad eos restricta, qui domi adulteræ fuerunt, in *l.* 32. *C. ad L. Jul. de Adult.* (c) Cæterum, quem habeat effectum institutio servi, tam alieni, quam proprii, docet Imp. *in* §. 1. & vel per se, vel ex iis quæ ad *tit. de hered. qual. & diff.* dicenda sunt, intelligi potest. Quin etiam servus hereditarius, id est, cujus dominus est mortuus, jacente adhuc hereditate ejus, institui potest: Jacere autem dicitur hereditas, quæ nondum est adita, sed speratur adeunda. Ratio dubitandi erat, quia talis servus neque ex sua persona est capax hereditatis, cum id nulli servo conveniat, neque ex persona domini, quem nullum habet. at hunc scrupulum exinuit Imp. *in* §.2. eo quod jacens sive nondum adita hereditas personæ defuncti vicem sustineat non heredis futuri, sed defuncti, qua de re confer *l.* 31. §.1 *h.t. l.*34. *& l* 61. *ff. de A.R.D* Ideoque servus hereditarius ab alio heres dictus, recte institutus intelligitur ex charactere defuncti; in utilitatem tamen heredis futuri. Unde haud difficulter solvi potest nodus *l.* 24. *ff. de Novat.* ubi hereditas jacens, non defuncti, sed heredis futuri personam repræsentat: Distinguendum quippe inter qualitatem juris & eventum rei. Servus enim hereditatis jacentis, characterem juris omnino mutuatur a persona defuncti, herede existente nullo; quia tamen pro herede futuro adquirit, ideo recte & hunc repræsentare dicitur. Vel sic, Repræsentatio consideratur aut præsens aut præterita, id est post aditionem; si quæratur in *præsenti*, quem servus jacentis hereditatis repræsentet, dicimus, defunctum, quia heres futurus necdum est; si post aditionem quæras, quem servus repræsentaverit, dum jaceret hereditas, dicimus, heredem futurum, quia jam notus est. Plura de personis hic traduntur, nisi quod in §. 4. subjicitur, nemini præscriptum esse quot velit instituere heredes; numerum esse plane arbitrarium & infinitum, id est, *ἀπέραντον*, *indefinitum*, ut Theophilus Observandum interim, non posse heredes institui illos, qui jure civitatis non gaudent, *l.* 6. §.2. *ff h t. & l.* 1. *pr. ff. ad L. Falcid.* adeo ut nec is, qui manumissus ex lege Junia Latinus erat factus, heres esse potuerit, teste Ulpiano *tit.* 22. §. 3. Hinc peregrini *d. l.* 6. §.2. & omnes, qui maximam mediamque capitis diminutionem sunt passi, hereditatis vel incapaces vel indigni sunt. Incapaces, qui nunquam capere potuerunt, quorum hereditates pro non scriptis habentur & remanent apud heredem, ut olim peregrini, personæ incertæ, §.25. *I. de Legat.* municipia & universitates, apud Ulpian. *d. tit.* 22. §. 5. orbi & cælibes, *ibid.* §. 3. *in fin.* qui tamen omnes jure novo capaces habentur. Peregrinis testamenti factionem restituit Fridericus in *Auth. omnes peregrini. C. Comm. de success.* De personis incertis, *vid.* § 27. *I. de Leg.* Universitatibus hereditates & legata relinqui permittit *l.* 12. *C. de hered. Inst. l.* 1. *C. de SS. Eccl.* quanquam & jure Pandect. legata iisdem & fideicommissa recte præstari potuerint *l.* 71. §. *pen. & l.* 122. *pr. ff de Leg.* 1. *& l* 2. *ff. de reb. dub. l.* 26. *ad Sc. Trebell.* De orbis & cælibibus erit locus dicendi ad *pr. Inst. de Fideicommiss. heredit* Indigni sunt qui propter delictum ab hereditate excluduntur, & quorum portiones a Fisco vindicantur, de quibus

(b) *Pos.* 3. *& seqq.* (c) *Pos.* 5. 6.

* *Ex P.* 3. *C. El.* 7. §. *und obwohl.* observari hoc loco meretur, in heredis institutione liberorum & parentum, verba communia e. g. habeat, accipiat, perveniat ad ipsum, &c. haberi pro directis, vid. Carpz. ad *d. C. def.* 7. Moller. *ad d. C. n.*7. 8. Bart. *ad l. centurio.* 15. *ff. de vulg. & pup. subst. n.*36. atque hoc Juri quoque Communi convenire, *a. o.* 1. *d. testam. in* 6. *N.* 1150. *c.* 3. 4. *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Dec.* 1707.

bus est titulus *in ff. de his. quæ ut indignis*; quemadmodum & ea quæ incapacibus clam relinquuntur. *l. 1. & l. 3. §. 1. ff. de jure. Fisc.* Idem juris est in heredis institutione deportati, quæ palam facta pro non scripta habetur, *l. 1. C. de hered. Inst.* Denique, non possunt institui heredes pagani, apostatæ, improbiores hæretici, *l. 3. C. de Apost. l. 4. §. 2. l. 5. & l. pen. C. de Hæret.* eorumque receptatores, *Auth. Credentes. C. de Hæret.* denique, liberi perduellium. *l. 5. §. 1. C. ad L. Jul. Majest.* Quæ personæ cum *intestabiles* sint, ut ad *tit. de Testam. posit.* 30. diximus, recte videtur esse dictum *posit. 7. h. t.* intestabiles non posse heredes institui.

SCHOLIUM.

At supra de Testam. ordin. n. 13. *dixerat Noster, has personas posse capere Testamento, quod etiam videtur verius. Dicit equidem Vinnius* in not. ad §. 6. Inst. de testam. ordin. *cum intestabili ne quidem testamenti factio est*, l. 26 *ff.* Qui testam. fac. poss. *sed hoc quidem non dicit* d. l. 26. *& contrarium patet ex* l. 18. §. 1. eod. *Videntur autem Vinnium in hanc sententiam pertraxisse verba* d. l. 26. neve ipsi dicatur testimonium. *quæ de isto casu intellexit, si intestabilis heres instituatur. Sed ad hanc conjecturam facilis est responsio, si dicamus, dicta verba exponenda esse secundum ductum d. l. 18. §. 1. quod nimirum non debeat ei dici testimonium, si testamentum facere velit. Forte igitur Auctor intelligit apostatas, hæreticos, liberos perduellium, de quibus supra.*

RESPONSIO.

Sunt illi etiam intestabiles, ut & paganorum conventus, l. 4. & Auth. Credentes. C. de Hæret. l. 5. C. de pagan. & l. 5. C. ad L. Jul. Majest. *textibus supra citatis. Vix est igitur, ut de aliis quam de famosi carminis auctoribus damnatis, quæstio supersit. Nam reliquos intestabiles nihil etiam capere posse, fatetur ipse Scholiastes. Capere posse intestabiles, non est dictum a me ad* tit. de Testam. ord. pos. 20. *sed personas a Testimonio in ultimis voluntatibus perhibendo exclusas, capere posse dixeram simpliciter, de uno e multis casu excepto & excipiendo, tum, ut in brevissimo scripto, minus animum adverteram. Ego de uno illo casu non habeo quo magnopere a Scholio dissentiam.*

N. ADDIT.

At vero ego nunc a me ipso dissentio, scilicet quod secundum principia Juris Romani ob carmen famosum damnati, eo ipso quo intestabiles facti sunt, neque ex testamento aliquid capere potuerint. Intestabilis enim est qui non potest testamentum facere & cui non dicitur testimonium, sive testamentum faciat, sive heres instituatur. Nam testes testamentarii testimonium dicunt tam testatori quam heredi, dicunt enim illis, inter quos negotium geritur, præprimis cum olim negotium gereretur inter testatorem & familiæ emptorem, qui primis temporibus erat ipse heres. Latius hanc rem deduxi in dissert. de sensu legis decemviralis testamentariæ. *Deinde, cum constet reliquos intestabiles non capere ex testamento, nimirum apostatas & improbiores hæreticos.* l. 1. 3. C. de Apost. l. 4. & 5. C. de hæret. Authent. Gazaros. C. eod. *liberos item perduellium,* l. 5. C. ad l. Jul. Majest. *nulla causa subest, cur hi debeant privilegium præ reliquis habere, præprimis cum leges id iis non diserte tribuant.*

2. (d) Sequitur de partibus hereditatis; Et quidem obtinuit apud JCtos, ut inter artis terminos appellatio Assis reciperetur, ad significandam hereditatem, id est, uti hic ea vox usurpatur, universas res hereditarias pariter sumptas. As seu libra Romana distribuitur in duodecim partes, quæ unciæ vocantur (nostrates libræ sunt unciarum XVI.) quarum undecim una voce *deunx* quasi decem & uncia, vel deunx, id est unum de asse, X. dextans, quasi sextans de asse. IX. dodrans ex de & quadrans; quasi quadrans de asse. VIII. *bes* quasi bis triens. VII. *septunx*. VI. *semis*. V. *quincunx*, a numero unciarum; sed IV. *triens*, id est tertia pars assis. III. *quadrans*, quarta pars assis. II. *sextans*, pars sexta assis. Unica pars per *μετάθεσιν Uncia*, cujus dimidium *semuncia*, pars quarta *sicilicum*, *l. 21. §. 2. ff. de ann leg.* sexta pars *sextula*, apud Ciceronem *in orat. pro Cecinna.* ubi hereditatem dividit in deuncem, semunciam & tres sextulas; unde *ibidem*, aspergere *sextulam*. (e) Est quidem hæc usitatissima partium enumeratio, nec tamen *ἀναγκαστικῶς*, hereditatem, addit Imp. *plerumque* dividi in duodecim uncias; Neque enim adeo perpetua est hæc partitio, ut nunquam aliter institui queat, verum tot unciæ hereditatem constituunt, quot Testator voluerit. Unde si tres ex quadrante singuli heredes scripti sint, tres quadrantes, id est novem unciæ, complent assem; at ex diverso, si quatuor ex trientibus, sedecim unciæ in hereditate intelliguntur. *§. 7. h. t.* Atque istæ novem aut sedecim unciæ tantundem efficiunt ac alias duodecim: Ad quem numerum si redigantur, tunc heredibus scriptis

(d) *Pos.* 9. 10. 11. (e) *Pos.* 12. 13.

Digitized by Google

tis jus accrescendi vel decrescendi contingit: Accrescendi his, quibus novem paucioresve quam XII. partes erant assignatæ; decrescendi illis, quibus sedecim distributæ fuerant; Idem juris est, quando testator unum ex semisse tantum heredem scripsit, quo casu totus as in semisse erit: Ratio redditur a Cæsare in §. 5. *h.* quia nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles. *l.* 7. *de R. J.* (1)

3. (f) Unde infertur a multis; quia nemo potest facere, quo minus in testamento suo leges valeant? *l.* 55. *de Leg.* 1. quod testator illud jus accrescendi ne prohibere quidem possit. Quæ tamen dura & enormis sententia videtur, ut ei totam adjudicemus hereditatem, ad quem testator diserte plus quam dimidiam pervenire vetuit: nec multum abest, quin probabilior sententia Bartoli videatur, in *l.* 9 §. 13. *h. t. item conf.* 156. *&* 177. in tali conflictu Juris & voluntatis Testatoris, collabi potius testamentum, quam ut vim inferamus aut rationi juris, aut expressæ voluntati Testatoris: idemque fere evenire, quod contingeret, si quis servum suum scriberet heredem eundemque liberum esse obnixe prohiberet. In puncto juris tamen verius existimatur, quod pars vacans invito etiam prohibenteque testatore scripto heredi accrescat; quod quidem textus a Bronchorstio objecti 2. *miscell.* 14. non refutant. Non citata lex 9. §. 13. *de hered. instit.* neque *l.* 69. *de Leg.* 2. nec magis *l.* 57. §. 1. *de Usufr.* Sed ratio validius obstat ea, quam dixi, quod successionem ex testamento ordinemus contra mentem Testatoris claram & indubitatam, & præterea, quod fundamentum, ex quo heres jure accrescendi deficientem portionem, sive ex partium sive personarum defectu consequitur, sit præsumpta voluntas Testatoris, qui partem defectam ei potissimum destinasse creditur, quem in testamento jam honoravit: Proinde ubi non modo illa præsumptio cessat, verum & efficacissima intentio in contrarium liquet, ibi & fundamentum juris Accrescendi deficere videtur. Plane, si testator Titium ex semisse heredem scripserit, alterumque semissem adquiri ipsi noluerit, sed apud heredes legitimos ut maneret præceperit, nihil dubitandum est, quin alter semis debeatur cognatis, non vi juris ab intestato, sed magis ex testamento. Tametsi enim solita formula eos non instituerit heredes, intentio tamen voluntatis ejusmodi verbis satis indicatur, quod ad effectum heredis institutionis hodie sufficit. *l.* 15. *C. de testam.* Quod si non addito penes quos alter semis remaneret, dumtaxat, ne scripto heredi accresceret, prohibuerit, videamus ne non dicendum sit, scriptum quidem heredem vi juris ex asse heredem fieri, sed vi voluntatis cogi ad restituendam partem iis, in quorum gratiam testator eum parte assignata contentum esse præcepit, *arg. l.* 69. *in pr. de Leg.* 2. quæ media sententia placet etiam Viglio *ad* §. 5. *h. t.* itemque Bachovio.

4. Quod dictum est de partibus assis, hoc etiam de rebus certis traditur, ut si Testator ex rebus certis unum vel plures fecerit heredes, nihilque de reliqua hereditate addiderit, tunc scripti heredes ex asse heredes intelligantur, *l.* 1. §. 4. *de hered. inst.* & quidem æqualiter, etiamsi in rebus illis certis inæquales habuerint partes, nisi aperte liqueat testatorem voluisse, ut eædem partes in asse, quæ fuerant in re certa, servarentur, quæ est sententia. *d. l.* 9. §. 13. *h. t.* Quod si unus vel plures ex rebus certis sint scripti, alii vero ex parte assis, vel indefinite, tum priores loco legatariorum habentur, præceptisque rebus illis certis, reliqua bona heredi simpliciter scripto relinquent. *l.* 13. *C. h. t.* Cæterum miles in *hoc* §. 5. *&* in *l.* 7. *de R. J.* dicitur, secus atque paganus, pro parte testatus, pro parte intestatus decedere posse: Ideoque si unum ex fundo heredem scripserit, quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse creditur. In *l.* 6. *de Testam. mil.* Qua de re tamen aliter est decisum, in casu quo miles filiam e sextante & uxorem ex uncia heredes instituit. *l.* 3. *C. de Test. milit.* In partibus assis igitur locum habet, etiam in militis testamento, hæc regula, quod partes assis non adæquatæ, semper rediguntur ad assem. §. *& si plur.* 8. *h. t.*

SCHOLIUM.

Ita quidem & Imperator §. 7. h. t. *& JCtus* l. 13. §. 3. & seqq. ff. eod. *jubent ope subtractionis aut additionis, pauciores vel plures uncias a testatore factas ad assem redigi, remque exemplis declarant. Sed ni fallor, iste modus computandi plus subtilitatis quam utilitatis habet, & longe planior est ille, quem petimus ex* §. 5. eod. & d. l. 13. §. 1. *tot uncias assem efficere, quot testator voluerit. Exemplum cape sequens; Instituerat testator Titium in quincunce, Mævium in sextante, Cajum in uncia, Sempronium denique in deunce. Massa hereditatis autem* con-

(f) *Pos.* 14.

(1) *De origine juris accrescendi in hereditatibus & legatis, eleganter, ut solet, agit vir ampliss. Corn. van Bynkershoek observat. lib. 2. cap. 8.*

Digitized by Google

constabat 15575. *thaleris. Jam institue divisionem secundum ductum* §.7. & *deprehendes quantis ambagibus ibi sit opus: quibus omnibus carere poteris, si divisio fiat secundum regulam* §.5.

RESPONSIO.

Non hoc vult Imperator in ratione computandi semper utendum propositione Assis, sed partes, quæ non exhauriunt totam hereditatem, ita accipiendas, ut heres aut heredes omnia bona vi testamenti consequantur, ne casus testati atque intestati simul existat. Alioqui in computatione facienda, si res ita ferat, non dubitant ab Assis ratione discedere JCti, quemadmodum patet ex l.13. in pr. de lib. & post. hered. instit. *ubi, cum divisio per* 12. *uncias fieri non posset, Julianus ad calculi rationem utitur numero septenario.*

N. ADDIT.

At vero, si quis allegatos textus adspiciat, videbit JCtos quosdam ita subtiliter scrupulosos fuisse, ut omnia redegerint ad solennem assis distributionem. Vide dictam l. 13. §. 2. 3. 4. 5. de hered. inst. *Quamvis alii ea scrupulositate non fuerint usi, sed hereditatem absque reductione ad assem statim diviserint in tot uncias quot in testamento invenerunt, ut vel ex* §.6. & 7. ejusd. legis *patet. Nam in textu ab Autore allegato, plane diversus a nostra quæstione casus est, & specialissimus, qui, ut ex ipso textu patet, aliam habet dubitandi rationem.*

5. (g) Si partes heredum inæquales velit esse Testator, diserte oportet hoc exprimatur; Simpliciter enim nominati partes habebunt viriles, §.6.*h.* quæ semper ad assem rediguntur, si forte vel eum superent, vel non æquent. Nisi unum vel duos distincte, reliquos collectiva oratione complexus sit, velut, *Titius heres esto, Sejus & Mævius heredes sunto*, aut *fratris mei filii heredes sunto*. Tunc enim duæ fiunt partes hereditatis; quarum unam Titius separatim scriptus, alteram duo pariter positi, vel fratris filii obtinebunt, *l.* 11. *l.* 13. *l.* 15. *pr.* & *l.* 59. §. 2. *h. t.* nisi vel celeritatis causa factam esse conjunctionem appareat, ut *l. 66. eod.* vel testator particulam *æque* aut æqualiter adjecerit, ut Ulpianus docet in *l.* 13. *pr. eod.* aut alia concurrant singularia, de quibus vid. *l. ult. C. de impub. & aliis subst. ibique Interpp.* adde D. Wissenbach. 1. *Pand. disp.* 56. *th.* 14. (h) Quod si testator quorundam partes expresserit aliosque sine partibus heredes adjecerit; videndum est, an partes expressæ pauciores sint vel pares aut plures, quam in asse contineantur. Si pauciores, tum qui sine partibus sunt scripti, eas partes quæ desunt assi habebunt; Quod si æquent assem, tunc qui indefinite sunt scripti, totum semissem reliquis auferunt; quia testator assem inter certos heredes distribuens ac insuper alios nominans, novum videtur assem constituisse, quem his destinavit, §.6. *h.* Idem est, si partes expressæ superant assem: ita hereditas in duos ibit asses, sive dupondium, §.8. *h. t.* quia & tunc duo putantur Asses seu dupondius constans XXIV. unciis, scilicet dimidiatis, revera semunciis: quarum numerus testamento expressus cedit heredibus particulatim scriptis, ut si quatuor ex trientibus, alii simpliciter instituti; tum quatuor priores XVI. uncias seu semuncias, reliqui habebunt octo, ut docet Imp. in §. 8. *h. t. l.* 18. & *l.* 87. *eod.*

6. (i) Transeamus ad modum instituendi, de quo est §. 9. Potest enim institutio fieri pure vel sub conditione. At in diem vel ex die ut heredes instituantur, ratio juris Romani non patitur, quo heredis qualitas est indelebilis, neque temporarium characterem recipit. *l.* 88. *h.* & *l.* 7. §. 10. *de minor.* Cui accedit ratio modo allegata, quod paganus simul testatus ac intestatus mori nequeat, eo quod harum rerum naturaliter inter se pugna sit, ut loquitur Pomponius in *l.* 7. *de R. J.* quod de ingenio & proprietate juris Romani accipiendum, quo Testator heredem instituens alium suo loco surrogare intelligitur, qui totum se repræsentet, nec alius, quam ipse fuerit, esse videtur. Qui proinde semel heres factus, non potest non statim incipere, nec unquam desinere defunctum repræsentare, non magis quam defunctus ipse potuerit a certo tempore vel ad tempus esse quod fuerit. Quod autem temporis adjectio vitiosa dicitur, id ita accipiendum, ut superflua, non heredis institutioni noxia censeatur, §.9. *h. t.* sed dies incertus merito conditionis loco habetur, *l.* 75. *de C. & D.* siquidem nihil refert, utrum heres scribare, *si navis ex Asia venerit*, vel *quo die venerit*. Nec tantum id obtinet cum de die plane non constat an & quando sit exiturus, ut in isto exemplo; neque cum certum est quando, incertum an sit exiturus, ut, *cum filius pubes factus erit*; sed etiam quando certum est quod sit exiturus, incertum quando; veluti, cum Cajus morietur, *l.* 4. *in pr. Quand. dies leg. ced.* quia manet incertum an dies vivo herede sit exiturus, ut si hic ante Cajum decedat.

7. (k) Conditio definitur, *Adjectio casus in futurum collati, a cujus eventu actus suspenditur.*

(g) *Pos.* 15. (h) *Pos.* 16. (i) *Pos.* 17. (k) *Pos.* 18.

Digitized by Google

tur. Dicitur quidem in præsens quoque & in futurum concipi, sed verborum figura magis quam revera, cum potestatem conditio nulla, nisi futurum respiciens, habeat. *l.* 39. *de reb. cred.* Justinianus in *l. un.* §. 7. *de Cad. toll.* triplicem facit conditionem, terminis non valde Latinis, *casualem*, *potestativam & mixtam*, quibus tamen verbis haud censeo abstineamus: Quidni enim Cæsar tot placitis jure Romano donatis, voculas quoque paucas eidem juri inserere possit, non ut Latinæ, verum ut sint juridicæ? Casualis est, quæ ex eventu fortuito pendet. Potestativa, quæ in arbitrium confertur, *l.* 13. *de Acquir. vel omitt. hered.* Mixta, quæ partim in arbitrio, partim in potestate non est, qualis, Si Cajam in uxorem duxerit. Jus & effectus conditionis est, ut si non impleatur, heredis (l) institutio deficiat, *l.* 6. *fin. pr. de Condit. inst* nisi forsitan is, in cujus persona debuit impleri conditio, vel cujus emolumento deficeret, implendæ conditioni sit impedimento. *l.* 5. §. 5 *Quando dies legat. ced.* ubi tale exemplum; Scriptus es heres, si Titia tibi nubat, Titia non vult, tu sis tamen heres, idemque si legitimus heres vel substitutus nuptias impediat. *l.* 161. *de R. J.* Porro ejusmodi (m) conditio esse debet, quæ exitum habere possit; Nam quæ ex genere sunt τῶν ἀδυνάτων, impossibiles conditiones, sive per rerum naturam, seu juris ratione fieri nequeant, frustra adjiciuntur; turpes, inquam, & impossibiles conditiones eodem loco hac parte habentur, *l.* 6. *l.* 14. *& seqq. de cond. inst.* scilicet pro non scriptis; neque impediunt quominus vi pura subsistat institutio. §. 10. *h. t. l.* 1. *& l.* 6. *de cond. inst.* quemadmodum diximus de die certo, eum inutiliter adjici, quatenus pro supervacuo habetur: nisi quis hoc interesse observet, impossibiles pro non scriptis haberi, turpes remitti, ut loquitur *l.* 9. *de cond. inst. & l.* 20. *de C. & D.* Atqui Marcianus & Julianus irritam esse institutionem scribunt, cum conditio existere non possit, *in l.* 16. *de cond. inst.* sed ex proposito liquet, non simplex ibi τὸ ἀδύνατον factum unum quod fieri nequeat intelligi, sed duplicem conditionem, quarum una alteri contrariatur eamque evertit, vulgo *perplexam* vocant; Quippe ubi pugnantia inter se in testamento jubentur, neutrum esse ratum, monet Celsus in *l.* 188. *de R. J.* Habetur autem impossibilis conditio, quæ per se repugnantiam a natura, vel jure implicat: quæ vero possibilis in genere, sed plane aut pene impossibilis sit respectu ejus cui injungitur, ut si homo octogenarius heres instituatur, *si post* 50. *annos monumentum testatori fecerit*, hic non est heres. Uti nec servus liber fit, qui manumissus est sub conditione, si heredi *millies* dederit, id est, 75. tonnas auri quas vocant. *l.* 4. §. 1. *de statulib.* Ergo nec ut impossibilis conditio pro non scripta habebitur, qua homo claudus heres instituitur, *si pedibus in capitolium adscenderit*; neque forte cum Eunuchus, *si filium procreaverit*; sed ejusmodi conditiones tanquam non completæ institutionem corrumpere videntur. *arg. d. l.* 4. (z) Impossibilia igitur in testamentis semper explicantur in favorem eorum, quibus adscripta sunt, quia cum Testator liberalitatem exercere, neque non serio agere præsumatur, ineptitudo adjectionis τοῦ ἀδυνάτου, per incogitantiam, aut ob quidvis potius, quam ut irritum sit quod disponit, excusatur. Inde vero sequitur, quando testator ab herede legatum vult præstari cum impossibili conditione, non legatario, sed heredi adscripta, id quoque in heredis favorem explicandum, ac ita vitiari legatum, §. *ult. in fin. I. de legat.* quod valeret; si τὸ ἀδύνατον legatario fuisset adjectum. Cæterum, posse heredem sub qualibet conditione, quæ non prorsus facultate careat, institui, cum passim aliunde certum est, tum ex *l. un.* §. 7. *C. de cad. toll.* etiam ex eo, quod filiusfam. excipitur, ne sub quavis conditione instituatur, sed tantum sub ea, quæ sit in potestate ipsius. *l.* 4. *de hered. Inst.* Ratio est, ne conditione non existente neque institutus, neque exheredatus inveniatur: quam ob causam etiam impossibilis aut turpis conditio filiofam. adjecta infirmat testamentum. *l.* 15. *de cond. inst.* Hodie nulla causa est, cur non filiæ, quia pari jure cum maribus liberis gaudent, etiam hactenus illis adæquatæ videantur. *arg.* §. 5. *tit. præced. l.* 4. *C. de lib. præt.* Duo postremi versus apud Justinianum sunt lectionis tantum; Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt; si quidem conjunctim, ut puta, *si illud & illud factum erit*, omnibus parendum est; si separatim, veluti, *si illud aut illud factum erit*, cuilibet conditioni obtemperare satis est. Ii, quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt; veluti, *si fratris filios peregrinantes*, ignorans *qui essent*, heredes instituerit, ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit. Hactenus Imperator

TIT.

(l) *Pos.* 19. (m) *Pos.* 20. 21. & 22.

(z) *Conferri hic merentur elegantes meditationes Josephi Averanii interpret. Jur. lib. 2. cap. 24.*

Digitized by Google

TIT. XV.

De Vulgari substitutione.

I. Substitutio quid & quotuplex. II. Tres de substitutione regulæ. III. Quid juris si servus pro libero institutus acceperit substitutum.

(a) CUm facile eveniat ut is, quem Testator successioni suæ destinaverat, eam vel nolit suscipere vel fato non possit; ne defunctus contra voluntatem suam ad intestati conditionem recidat, provisum est legibus, ut plures heredum gradus ordinare liceat, ita ut deficiente primo, secundus loco ejus potiatur, quod jus *Substitutio* vocatur; quæ definitur, *secundi vel ulterioris heredis institutio*, *l.* 43. §. 2. *in fin. de vulg. & p. substit.* quamvis & institutioni specialiter dictæ sæpius opponatur. *l.* 1. *eod.* Eaque duplex fertur in *Rubricis Pandect. Instit.* & passim, Vulgaris atque Pupillaris. Tertium quidem genus, Reciproca substitutio appellatur in *l.* 4. §. 1. *h. t.* sed verborum figura tantum diversa, revera nil nisi duplex, vulgaris est aut pupillaris. Vulgaris, quæ fit *vulgo*, id est generaliter, a quovis testatore, in locum cujuslibet heredis. Pupillaris, quæ a Patre fit in locum filiifam. impuberis, de qua *tit. seq.* Vulgaris fit in casum, ut dicitur, primum, si is, qui institutus est, heres non fiat, quod accidit, non modo in casu delatæ non adquisitæ hereditatis, ut vult Cujacius; sed etiam, quando ne delata quidem est, ut si heres ante testatorem moriatur, *l. un.* §. 4. *C. de Cad. toll.* item quando delata hereditas repudiatur vel adiri non potuit. *l.* 3. *C. de hered. inst.* Forma igitur hujus substitutionis est talis, *Titius heres esto, si Titius heres non erit, Cajus heres esto*, ut Justinianus *heic in pr.* docet; addens, surrogationem illam posse & deinceps, in quot gradus voluerit Testator, produci. Sub illis autem verbis; *si heres, non erit*, duo casus comprehenduntur, *si vel noluerit, id est, repudiaverit, vel non potuerit, ante vel post obitum testatoris morte præventus*, *d. l. un.* §. 4. *C. de caduc. toll. l.* 3. *C. de hered. instit.*

2. (b) Quæ porro Justinianus in *hoc capite* tradit, ea tribus regulis, unaque singulari quæstione comprehenduntur. Regula prima est in §. 1. substitutionem exemplo institutionis *tit. præced.* numero fieri posse indefinito, uni priore loco instituto recte plures substitui; & pluribus institutis unum posse substitui; atque etiam heredes sibi invicem substitui solere, quæ est reciproca substitutio, ut vocatur in *l.* 4. §. 1. *h. t.* seu mutua, ut in *l.* 64. *de leg.* 2. & hæc vel distinctis periodis fit, vel una complexione verborum, quam vulgo breviloquam appellant, seu compendiosam. *l.* 8. *C. de imp. & al. subst.*

SCHOLIUM.

Hæc reciprocæ substitutionis species plane videtur esse superflua, nec ullam utilitatem in praxi habere: cum, etiamsi illa facta non fuisset, idem tamen heredes sibi substituti consequerentur, jure accrescendi.

RESPONSIO.

Jurisconsultos id agere, ut quæ tacite consequuntur, sæpe tamen expresse commemorare & inculcare gaudeant, idque in arte populari fructu non carere, satis constat. Neque vero diversitas in usu negotii deest: etenim accrescendi jus, si plures sint conjunctorum copulæ, tantum inter conjunctos ejusdem generis habet locum, non inter omnes coheredes; cum substitutio reciproca ad omnes æqualiter spectet. l. un. §. 10. C. de cad. toll. l. 89. de legat. 3. *Modestinus sane reciprocam substitutionem tertii generis appellare non dubitat. d. l.* 4. §. 1. *Bonis avibus! Contenti simus hoc Catone, neque censuram in Artis conditores eo usque producamus, ut quæ clarius docendi causa ab illis instituta sunt, etsi non omnia perinde gravia, boni consulere gravemur.*

N. ADDIT.

Hic mallem, ut JCtorum causam contra Scholium melius defendisset Autor, quam fecit. Aliud est doctrinæ causa quæ tacite sequuntur expresse commemorare, quod sua utilitate non caret, aliud in negotiis & actionibus humanis modum agendi inculcare, & commendare, qui nullum habet usum & effectum. quod sane laudem non meretur, & vix excusationem. Diversitas, quam ostendere vult Autor, a me non agnoscitur. Nam textus adducti probant equidem, quod asseruit de jure accrescendi, non probant quod asserit in substitutione reciproca ex tali causa omnes æqualiter succedere. Finge, dixit testator

Pri-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. 5 (b) *Pos.* 6. 7.

Primus & secundus heredes sunto, Tertius heres esto, Quartus, Quintus & Sextus heredes sunto. Et hos sibi invicem substituo. Hic secundum mentem Autoris, si primus deficeret, omnes reliqui aequaliter per hanc formulam deberent ejus portionem inter se dividere. Ego vero arbitror, solum secundum esse substitutum, vel ex regula, quam mox tradit Autor: Quemadmodum testator dilexit heredes in instituendo, ita eosdem dilexisse videtur in substituendo. Quod vero modestinus reciprocam substitutionem tertii generis appellet, id sive bonis sive malis avibus jactum fuerit, scholium non ferit, quod nunquam de existentia substitutionis dubitavit, sed de utilitate. Reliqua verba testantur quidem de indignatione Autoris erga meum Scholium & de veneratione erga JCtos Romanos, sed tamen bonam JCtorum causam, quod pace Viri, quem etiam post mortem veneror, dictum sit, male defendunt. Ergo videamus an illam nasutam scholii objectionem cum majori JCtorum honore removere possimus. Scilicet per leges de caducis (*de quibus videatur praeter* Comment. ad Cod tit. de Caducis tollendis, *Ulpianus* in fragm. tit. 17.) *impediebatur Jus accrescendi: Quondam tamen eaedem leges non impedirent substitutiones a testatoribus qui secundos heredes scribere nolebant & tamen juri accrescendi locum esse, aut potius leges caducarias excludere volebant, inveniebatur substitutio illa reciproca, quae adeo tum magnum habebat usum. Quem a me tum, cum scholia scriberem, pro supina illius temporis juris, qua pollebam, scientia ignoratum fuisse, non miror, miror vero valde, a Viro in Antiquitatibus Romanis tam egregie versato non fuisse observatum, cum tamen ejus disertam mentionem faciat ipse Imperator* in d. l. un. pr. de Caducis tollend. *Adde Wissenb.* ad illum tit. Cad. p. m. 664. *Nunc autem, postquam Justinianus leges de caducis abrogavit, etsi nullum habeat amplius usum substitutio reciproca, nec credo ullum ejus in praxi occurrat exemplum, non injucundum tamen est eam fuisse traditam, ut videlicet, & antiqui mores Romanorum non ignorentur, qui saepe viam pandunt ad intelligendas eo melius constitutiones noviores.*

(c) Regularum altera est in §. 3. *Quemadmodum Testator dilexit heredes in instituendo, ita eosdem dilexisse videtur in substituendo.* Quod axioma duntaxat in reciproca substitutione obtinet; nam alioqui partes nihilo secus inter secundos heredes ac inter primos constituuntur, de quibus dictum *tit. praec.* Verum, si duo ex quadrante, tertius ex semisse heres sit dictus, iique mutuo substituti, dein contingat ut ex duobus alter ac ita quadrans deficiat, tum de illo quadrante heres ex semisse tanto plus habet eo, qui ex quadrante est heres, quanto semis quadrante major est; consequenter ille duas, hic unam habebit unciam. (d) Tertia regula in §. 3. est haec; *Substitutus substituto etiam est substitutus instituto.* Testator fecit heredes *Primum* & *Secundum*. Hunc illi substituit, Secundo substituit *Tertium*. Secundus deficit, *Tertius* ei substitutus jam portione ejus potitur; mox & Primus deficit, Secundo jam sublato; *Tertius* partem quoque primi petit; Heres legitimus excipit; Tu non es primo substitutus. Replicat *Tertius*, ego sum substitutus *Secundo* qui substitutus erat primo, consequenter etiam Ego. Et hoc efficit ratio, ne testator pro parte testatus, pro parte fiat intestatus, ut Tertius partem quoque *Primi* deficientis adipiscatur. *d.* §. 3. (1)

3. (e) In §. *ult.* species proponitur singularis, quae utcumque nullum his temporibus usum habere queat, doctissimorum tamen hominum ingenia torquere non desinit, tametsi ab eo, qui nil quam Practicus εὔχεται εἶναι, impune contemnatur. Servus est in hypothesi, quem testator sui juris esse credens, fecit heredem, eique substituit Sempronium. Detecta mox conditione servili, Dominus ejus vindicat hereditatem jure communi; substitutus contra sibi arrogat successionem; quia cum servus heres esse nequeat, primus gradus deficere ac ita substitutus vocari videtur. Cum uterque probabili ratione nitatur, via medietatis placuit, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur *aequam*, ut videtur, τὸ ἥμισυ λαμβάνει, inquit Theoph. partem quippe simpliciter positam, de parte aequali intelligendam esse, probat *l.* 43. *de usufr. l.* 164. §. 1. *in fin. de V. S.* Nota objectio est ex *l.* 40. *de Hered. Inst.* ubi primo Julianus ait, Sempronium substitutum in partem hereditatis admitti; in fine dicit, semisses fieri & alterum semissem dividi. Si fas sit conjecturis antinomias conficere, dicamus licet, substitutum Sempronium in *l.* 40. fuis-

(c) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 9. (e) *Pos.* 10.

(1) *Sed Tertius Jure substitutionis ad utrinsque partem admittetur, non Jure accrescendi; Verum quidem est in casu proposito nihil interesse quo Jure ad utrinsque partem admittatur, sed interest si fingamus tres heredes institutos, secundum esse substitutum primo, & secundo quartum. Vinn. ad §. 2. h. t.*

fuisse coheredem servi, & hac ratione semissem unum habuisse præcipuum, alterum vero tanquam substitutum cum Domino servi esse partitum. Cujacius in *d. l.* 40. pro *alter semis* legendum putat *as*, quasi errore ex notarum consuetudine orto; sensu quidem optimo, sed audacius. Majori verecundia se commendat lectio Viri Cl. *G. C. Crusii*, Antecessoris Lugdunensis, ut pro *SEMIS* scribatur *SEM. AS*. tali contextu, *igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter Sempronii* (*sit*) *as inter eum qui dominus*, *&c.* qua de re diserte auctor in Diatribe ad *d. l.* 40. Sed hæc emendatio non bene *descendit ad literam*, dixisset Accurlius (2).

S C H O L I U M.

Speciem in d. l. 40. *recensitam ejusque decisionem, tot doctissimorum hominum ingenia fatigasse valde miror*; Vide quos citat Noster in Prælect. conf. Strauch. IX. 25. ibique notata p. 110. *Res plana est & principiis bonæ interpretationis convenientissima. Facti sunt duo semisses; unum dominus servi retinuit, alterum cum substituto divisit. Neque huic contradicit Tribonianus. Mallem enim ostendatur mihi ratione aliqua firmiter concludente, per partem in* §. 4. h. t. *intelligi partem dimidiam; Plura addere hujus loci non est.*

R E S P O N S I O.

Quid concludentius esse potest, quam quod habetur in l. 164. §. 1. de V. S. *Si non fuerit portio adjecta*, dimidia pars debetur, & in l. 43. de usufr. *Si non specialiter facta sit partis mentio*, dimidia pars bonorum continetur. *Quod nec sensu communi aliter se habere posse manifestum est. Non semper igitur quod facillimum, id optimum esse in medicina juridica putandum est.*

N. A D D I T.

Quasi vero ista communis responsio & vulgatum dicterium de parte dimidia in dubio intelligenda, mihi fuissent incognita cum scholium scriberem. Et vereor, ne Autor sibi magis quam mihi dicere debuerit istud monitum; Non semper in medicina juridica id optimum esse, quod est facillimum. Nimirum antequam de sensu Institutionum videamus, brevissimis explicanda 40. *&* 41. *ll. ff. de hered. instit. Ait Julianus*: Si paterfamilias *servum quemdam fugitivum, qui se* Titium *nominaverat*, quemque adeo *testator* ingenuum esse credebat, heredem scripserit, eique si heres non esset Sempronium substituerit, *deinde post mortem Testatoris ille* Titius *a Domino suo vindicatus, & quia ita* servus fuerat, jussu domini adierit hereditatem; *quæritur an dominus servi hujus debeat hereditatem adquirere, an vero Sempronio substituto restituere, quia scilicet, si Testator scivisset Titium esse servum, forte non instituisset, sed statim substitutum in ejus locum instituisset; & quia, cum eum ut ingenuum instituisset, casus iste, si Titius* (*nempe ut ingenuus*) *heres non erit, quasi extitisset. Sed cum tamen ista ratio valde sit dubia, quia Romanis non fuit infrequens, etiam servos heredes facere, & adeo illa ratio saltem præsumtiunculam quandam faciat, contra rationes fortiores in contrarium sint: regulæ equitatis suadent, ut in hoc dubio major hereditatis pars maneat apud Dominum Titii*, *adeoque* potest dici, Sempronium, *propter illud leve dubium saltem* in partem *aliquam minorem hereditatis admitti. Rationes autem fortiores, quæ pro domino militant, intellectu non sunt difficiles.* Nam qui scit aliquem servum esse & eum heredem scribit & ita substituit; Si Stichus heres non erit Sempronius heres esto; intelligitur tale quid dicere: si Stichus neque ipse heres erit, neque alium fecerit: At qui eum, quem liberum putat esse, (*ut in proposito casu testator fecerat*) heredem scripserit, hoc sermone, Si heres non erit, nihil aliud videtur significare, quam si hereditatem vel sibi non adquisiverit vel mutata conditione alium heredem non fecerit. Quæ adjectio *verborum ultimorum*, (*ne quis miretur quomodo, qui hominem liberum esse putat, possit de ejus domino cogitare*) ad eos pertinet, qui patresfamilias heredes scripti, postea in servitutem deducti *& servi pœnæ effecti* fuerint. Igitur, *cum hic pro Sempronio sola militet legis illa conjectura, quod tamen testator errans in statu Titii, forte, si scivisset, eum servum esse, eum non instituisset*, in hoc casu semisses fient, *non ut unum eorum retineat dominus & alterum det Sempronio, sed* ita ut *solum* alter semis inter eum qui dominus instituti heredis fuerit & substitutum æquis portionibus dividatur, *alter vero semis integer apud dominum maneat. Si ita ex regulis bonæ interpretationis textum explices, nulla difficultas est, nulla correctione opus. Et miror, quod Dd. textum corrigentes, non senserint, absurdissimam fore sententiam Juliani, si recitatis solum*

(2) *In* l. 40. *de hered. Inst. duas esse species, quarum prior est hujus loci, altera agit de casu quo testator instituit ingenuum, sed postea deductum in servitutem, substituto ei dato, acute conjicit. Hein. in not. ad Vinn.* §. 4. h. t. *& in Elem. Jur. Inst.* §. *DLVII.*

solum rationibus pro Domino Titii, *nulla* (*ne illa quidem*, *quam modo in expositione & periphrasi textus supplevimus*) *pro substituto*, *decisionem tamen in favorem substituti ex æquis hereditatis partibus facere voluerit. Porro*, *quod legem subsequentem attinet*, *excerptam ex Pomponio*, *ipsa verba*, *quibus compilatores utuntur*, *ubi in textu ipso Pomponium citant*, *ostendunt quod illius verba non sint Pomponii ipsius*, *sed unius ex compilatoribus*, *qui putavit*, *se sententiam Juliani egregie illustrare potuisse*, *exemplo illo Parthenii. Optandum equidem esset*, *ut de hoc casu & exemplo distinctius constaret. Nunc vero apud historicos*, *quorum opera vel fragmenta ad nos pervenerunt*, *ea de re nihil. Parthenius Cæsaris Tiberii servus*, *ut compilator dicit*, *ab aliquo testatore ut ingenuus erat institutus*; *& ut ingenuus etiam adierat hereditatem. Postea a Cæsare vindicatus*, *cum hic retinere potuisset hereditatem totam*, *tamen ex quadam animi generositate divisit hereditatem cum substituto. Unde patet*, *hoc exemplum non quadrare ad mentem Juliani*, *qui voluit*, *quartam saltem partem substituto reddi. Sed compilator non intelligens sensum Juliani*, *exemplum hoc*, *tanquam quod mentem Juliani egregie illustraret*, *imperite adjunxit. Jam ad Institutiones. Hic primo evidens est*, *eum*, *qui hujus compilationis Autor est*, *in formando §. ult. h. t. ante oculos habuisse duos illos textus Pandectarum hactenus expositos. Nam ad verbum ex istis duabus legibus integer paragraphus est descriptus*, *nisi*, (*ut videlicet compilator de suo aliquid adderet*) *quod substitutus ibi non Sempronius*, *sed Mævius appellatus fuerit*, *& quod verba illa Juliani*, *de divisione essis in duos semisses*, *vim omnem decisionis ejus continentia*, *plane omiserit*, *cum scilicet ea non intelligeret*, (*uti nec intellexerunt nostri interpretes*, *propterea de ejus intellectu se torquentes*,) *aut non putaret*, *convenire ea cum decreto Tiberii in lege sequente. In eo tamen compilator Institutionum cautior fuit*, *quod*, *cum sentiret*, *decisionem Julieni de asse dividendo in suos semisses*, *aliquid continere*, *quod non intelligeret*, *ne forte lex sequens 41. ut jam suspicari incipiebat*, *inepte in Institutionibus connecteretur cum verbis precedentibus legis 40. sententiam decreti Tiberiani de divisione in partes æquales non distincte retulit*, *sed saltem dixit*, *quod Tiberii decretum sit conforme decisioni præcedenti. Interim ista omissione verborum Juliani*, *effecit compilator Institutionum*, *ut duo orirentur incommoda. Initio*, *ut qui Institutiones explicare inciperent*, *& nescirent paragraphum hunc ex istis legibus Pandectarum explicandum esse*, *sed ejus verba*, *prout jacent*, *considerarent*, *putarent*, *per* partem *in verbis ex Juliano desumptis*, *intelligi partem dimidiam*, *secuti videlicet rationes ab Autore in responsione adductas*, (*in quo eos facile excusatos habeo*, *cum si sine relatione ad fontes suos excerpta hæc considerentur*, *nullam aliam explicationem postulent*) *& rationes a Juliano pro domino servi adductas*, *plane in alium sensum traherent*, *quasi nempe Julianus iis ad objectionem*, *quod tota hereditas pertineat ad substitutum*, *respondere & ostendere voluerit*, *cur tamen Dominus admittatur in partem dimidiam. Ita statim Theophilus paragraphum istum in sua paraphrasi interpretatus est*, *quem deinde interpretes reliqui secuti sunt*, *ut anseres anserem. Deinde*, *quod cum in Pandectis deprehenderent verba Juliani in Institutionibus omissa non admittere expositionem illam*, *quam de textu Institutionum fecerant*, *non animadverterent textum Institutionum ex hoc fonte suo aliter esse explicandum*, *sed formarent sine ulla ratione antinomiam inter Institutiones & Pandectas*, *& postea*, *ut conciliarent hanc in cerebro suo effictam antinomiam*, *miris modis sudarent & textum misere torquerent. Illud obiter adde: Theophilum in paraphrasi sua Parthenium ex errore facere servum Imperatoris D. Pii. Et falli Dionysium Gothofredum*, *qui ibidem vult*, *in Institut.* pro Tiberius *legendum esse* Titus Vespasianus. *Etsi enim eum in finem citet Dionem & Suetonium*, *hi tamen nihil aliud dicunt*, *quam quod Parthenius quidam fuerit cubicularius Domitiani*, *adeoque non ejus servus*, *imo Suetonius diserte mentionem injicit de quodam liberto Parthenii*.

TIT.

TIT. XVI.

De pupillari Substitutione.

I. Unde & quid substitutio pupillaris. II. Differentiæ eius a vulgari. III. Alteram speciem alteri tacite inesse. IV. Nudam sui heredis existentiam firmare Tabb. pupillares. V. De substitutione exemplari. VI. Ad §. 2. VII. Ad §. 3. VIII. De substitutione facta exheredato. IX. Ad §. 5. & 6. X. Ad §. 7. XI. Quomodo finiatur substitutio pupillaris.

(a) IUs illud vulgare substituendi, profluebat ex Regula XII. Tab. *Paterfamilias uti re sua legassit, ita jus esto. l. 120. de V S.* Sed pupillaris substitutio virtutem illius regulæ egreditur, neque ex lege XII. Tab. sed moribus introducta est, ut Ulpianus affirmat in *l. 2. pr. h. t. item hoc pr. in f.* tanquam effectus Patriæ potestatis, *ibid.* quæ & ipsa moribus recepta dicitur ab eodem Ulpiano in *l. 6. de his, qui sui vel. al. jur.* (1) Et quidem antiquo jure, quo cuncta liberorum bona Parentum erant propria, non usque adeo insolens erat, Patrem de bonis filiorum disponere; sed postquam adventitiæ res propriæ liberorum sunt factæ; paulo enormius videtur, Patrem dare filio heredem, non modo in sua, sed in bona materna quoque, & ab iis maternum excludere sanguinem, avum etiam & matrem, fratresque ac sorores. *l. 8. §. 5. de inoff. testam.* Quod videlicet est ex juribus patriæ potestatis, quam supra monuimus longe apud Romanos excessisse terminos juris naturæ & gentium. Quanquam alioqui hæc substitutio rationi optime congruit, ut pro eo, qui per judicii infirmitatem ipse testari nequit, fungatur is, quem natura gubernatorem omnium ipsius actionum esse voluit. Est igitur pupillaris substitutio, *Quando Pater liberis impuberibus, quos habet in potestate, dat heredem, in casum, quo heredes jam existentes ante pubertatem sunt morituri,* qui casus est secundus, respectu alterius, *Si heres non erit*; qui primus est. *l. 8. C. de impub. & al. subst.* Adde *pr. h. t. ibique* Theophilum.

2. (b) Differentias a Vulgari definitio satis indicat. I. In hac quilibet testator substituit, in pupillari solus pater, non mater; etenim *l. 33 de vulg. & pup. subst.* agit de substitutione facta quidem pupillo; unde *pupillares* tabulæ; sed forma vulgari. II. In vulgari quibusvis heredibus substituitur, in pupillari filiisfam. impuberibus. III. Illa fit in casum primum, hæc in secundum, ut exposuimus. Præterea notandum, quod vulgariter substitutus testatori succedat, non ei, cui substitutus est, *princ. tit. præc.* sed in pupillari substitutione succeditur pupillo, non testatori. *princ. h. t.* Unde sequitur, ad substitutum etiam adventitia, nec non ea pertinere bona, quæ post obitum testatoris ad pupillum pervenerunt. *l. 10. §. 5. h. t.* Item quando pupillus se abstinuit hereditate paterna, quod tunc substitutus, (qui nihilominus admittitur) ut mox videbimus, creditoribus hereditatis paternæ respondere non debeat, *l. 42. de Adquir. vel omitt. hered.* nisi pupillus primo se miscuerit hereditati, posteaque beneficium abstinendi repetierit. De quo casu cum Accursio videtur intelligi posse *l. paterfamilias. 28. de reb. auctor. jud. possid. vers. postquam pupillus.* neque tunc opus delenda particula *non*, de qua vid. Gothofredum *ad d. l. 28. versic. idem in substituto.* Refellitur enim ex *versic. seq. quoniam filii pudori parcitur &c.*

3. (c) Quamvis autem ut species oppositæ proponantur vulgaris & pupillaris substitutio, re ipsa tamen sunt subordinatæ, nec quicquam impedit, quo minus in terminis habilibus conjungantur; Quam speciem Græci portentosa compositione vocant βουλγαροπουπιλλαριαν; Cujus exemplum proponit heic *in pr.* Imperator his verbis: *Titius filius meus heres mihi esto. Et si filius meus heres mihi non erit: sive heres erit & prius moriatur anteq am in suam tutelam venerit, i. est, antequam pubes factus sit, tunc Sejus heres esto.* Ex quo liquet, olim, ut substitutio utroque casu facta intelligeretur, utrumque casum exprimi debuisse; *si filius heres non erit, sive erit heres, at impubes morietur.* Unde sequebatur, si quis filio suo pupillariter substituisset, isque Patrem morte prævenisset, substitutum non potuisse admitti, quia filius heres non fuerat; quæ conditio erat substitutionis. Quanquam conjectura paternæ voluntatis non immerito

(a) *Pos.* 1 (b) *Pos.* 2. 3. 4. 5. 6. (c) *Pos.* 7. 8. 9.

(1) *Hanc quoque Substitutionem ex XII. tabulis esse, probat Hein. in not. ad Vinnium pr. Inst. h. t. n. 11.*

Digitized by Google

immerito dici poterat, eum qui usque post XIV. annos heres futurus erat, ex mente testatoris multo potius vocatum videri, si statim voluntas ejus exitum habere posset, quemadmodum in hanc sententiam veteres ea de re disputasse, ex Cicerone variis locis, Quintil. *l.* 7. *c.* 7. intelligimus. Hodie vero etiam hoc membrum decisione Imperatoria explicatum est, *ut pupillaris expressa contineat vulgarem tacitam*; (quicquid dissentiat Vigl. *hic.* & Fab. *dec.*32. *err.* 9. & 10.) sed alter casus, simili regula comprehensus est, *ut vulgaris expressa tacitam pupillarem contineat*. Ideo cum Pater filiofam. substituit, *si heres non erit*, atque ille superstes Patri heresque existens, postea impubes moritur, tametsi conditio testamenti expresse deficiat, tamen, quia apparebat, testatorem noluisse filium suum mori intestatum, placuit eum sensum amplecti, quo filius exitum testati haberet; quatenus id [illegible] legibus fieri poterat; adeoque heredem, qui [illegible]tim post obitum certo casu heres futurus erat, vocari ad successionem, quocunque tempore filius ex patris testamento heredem habere posset. Idque etiam propterea, ut videtur, quia conditio, *si heres non erit*, in specie existere non poterat, nisi filio ante Testatorem mortuo. nam si supervivevet, heres ipso jure & necessario fiebat. Atqui patris voluntatem restringere ad casum turbatæ mortalitatis, abs re videbatur; & servato ordine naturæ, eventum consequi non poterat. Hæc interpretatio est *legis* 4. *h. t.* Disputare prolixius contra Viglium, Fabrum & alios, quod facit D. Vinnius 2. *Quæst.* 24. pro parte regulæ prima, mihi supervacuum videtur, quia longe fortiori puto ratione productionem casus secundi ad primum niti, quam primi ad secundum, quem illi extra controversiam statuunt. Citatæ autem *l.* 4. plane ea mens est, pupillaris tacitæ, quæ vulgari inest, eundem esse effectum qui pupillaris expressæ, ideoque nulla causa est, quare non etiam mater per hanc tacitam excludatur, * ut crebrius sentiunt Interpp. quos citat D. Wissenb. 1. *ff.* 56. *h. t.* 29. non paucis tamen dissentientibus, quos Forum probasse testis est Faber *l.* 6. *Cod. tit.* 8. *def.* 1. Nituntur hi duobus textibus, quibus revera exceptiones continentur. Prima est in *l.* 8. *C. de impub. & aliis subst.* Exceptio altera est in *l. ult. C. de Inst. & Subst.* Dicemus ad *ff. h. t.*

4. (d) Dictum aliquoties, sufficere ad effectum pupillaris substitutionis, quod filiusfam. Patri superstes fuerit, tametsi bonis ejus se non miscuerit, neque hereditatem agnoverit, sed timore æris alieni semet abstinuerit; quia nihilominus verum est, filium Patri heredem fuisse, si quidem jus abstinendi characterem sui heredis nequaquam tollit, ut latius ad §. 2. *de hered. qual. & diff.* Traditur hæc res diserte in *l.* 12. *h. t. l.* 42. *de Adquir. vel omitt. hered. l.* 44. *de Re Jud. aliisque locis*; Atque hoc est, quod communiter dictum est, nudam sui heredis existentiam confirmare tabulas pupillares. Unde e contrario sequitur, verba hujus *princ.* si quidem *non extiterit heres filius*, ad eum casum non pertinere, si filius se *abstinuerit*, ut recte habet Theophili paraphrasis; quam cur D. Vinnius reprehendendam putet, aut quid inconcinni ex ea interpretatione oriatur, non animadverto; sane quod videtur subesse, id nihili esse apparet. Cæterum, quando extraneus heres una cum filio, vel exheredato filio institutus est, tum ad confirmandas pupillares tabulas, opus est aditione hereditatis. *l.* 11. §. 1. *ad Sc. Trebell. l.* 2. §. 1. & *l.* 10. §. 4. *de vulg. & pup. subst.* E quibus temere Anton. Faber regulam generalem contrariam eduxisse videtur in *l.* 2. *Conject. cap.* 2.

5. (e) Cæterum, quia per judicii imbecillitatem filius, inquam, ipse testari nequit, res postulat, ut pater ipsius vice fungatur, usque dum ætate satis matura vicariam testationem leges facessere jubent. Sed quoniam in liberis mente penitus captis hæc ratio cum ætate habili ad testandum non cessat, quia semper testamenti faciendi sunt incapaces, ideo placuit Justiniano, jure ordinare, (cum olim a Principe impetrandum esset, *l.* 43. *de vulg. & pup. subst.*) *exemplo* pupillaris substitutionis aliam *quasi-pupillarem* stabilire; *qua jus sit parentibus utriusque sexus* (in concursu tamen Patri potius) *liberis perpetuo mente captis, non minus quam ex legitima institutis dare substitutum, in casum, quo extra usum rationis sunt morituri*. & quidem, si priusquam mente caperentur, nullum condiderint testamentum; id enim alio-

(d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 10.

* In Saxonia nec expressa nec tacita pupillaris substitutio, matris aut aviæ legitimæ præjudicare potest. Nam P. 3. *C. El.* 8. expressis verbis matri legitimam relinqui jubet, si secus factum fuerit, nihilominus legitimam, nulla habita substitutionis ratione, vindicat, vid. Carpz. *ad eand. def.* 8. Quam Constitutionem cum Interpretes ad solam matrem, non ad reliquos Ascendentes Maternos, pertinere existimaverint, Carpz. *l. c. d.* 9. Decisio *Elect.* 47. Aviæ Avoque Paterno & Materno idem jus tribuit. Conf. Philip. *ad d. Dec. Obs.* un. n. 41. *seqq.*

Digitized by Google

alioqui vim suam retinebit. Sub mente captis plerique hic intelligi non modo furiosos & prodigos, sed etiam mutos & surdos volunt; Mihi præter eos, qui vitiosa naturæ dispositione continuo nihil sapiunt, religio est alios complecti, quia procul dubio hæc quasi-pupillaris substitutio præter rationem veteris Jurisprudentiæ ex speciali constitutione recepta est, quam nobis ultra terminos legis expressos non magis producere licet, quam veteribus ante Constitutionem *in d. l. 9.* veram pupillarem ad hanc ipsam exemplarem extendere licuit. Jam Constitutio in eadem *l. 9. C. de impub. & aliis. subst.* loquitur tantum de his, qui *perpetuo* mente capti sunt & nihil sapiunt. Atqui mutos & surdos non sapere, nemo dicet; Furiosos verum quidem est nihil sapere, dum furunt; sed non sunt hi, qui perpetuo desipiunt; Nam & intervalla habent *καιροὺς διαλειμμάτων*, *l. 6. C. de Curat. fur.* & sperantur *ἀνανήψειν*, *ad sanam mentem redituri*, temperie spirituum mutata, quod plerumque fieri videmus. Proinde liberis furiosis stricte ita dictis, qui rabie agitantur, in casum, quo in furore morientur, substitui posse a parentibus, affirmare non ausim, multoque minus prodigis, a quibus verba constitutionis adhuc longius absunt. Dissentit Scholiastes noster ad *Posit.* 10. *h. t.* remittens Lectorem ad ea, quæ dixerat ad Strauchium; quibus occupari nobis heic integrum non est. Quamvis autem exemplo pupillaris hæc altera ordinata sit, non est tamen æque libera & arbitraria; nam parentes non modo liberos mente captorum præterire nequeunt, sed nec suos liberos, qui sunt fratres & sorores mente captorum; substituere enim *omnes*, *vel certos*, *vel unum ex illis* oportet; ergos reliquos, uno substituto, præterire potest; quod quidem durum, vix tamen durius, quam quod est in *l. 8. §. 5. de inoff. testam.* ubi pater substituens filio pupillariter, matrem ejus præterit, ut nec Legitima peti possit. Ex eo quod dictum, etiam matri exemplaris substitutionis facultatem permitti, quia non potestatis, sed humanitatis intuitu indulta est, *pr. d. l. 9.* intelligitur, veram pupillarem non esse maternæ dispositionis, quia est patriæ, inquam, potestatis effectus, ut pridem dictum, nihil obstante *l. 33. h. t.*

6. (f) Quæ jam porro docet Imperator, ea minus difficilis sunt explicationis. Nam quod in hac substitutione duplex quodammodo testamentum esse observat in §. 2. id mox corrigit, *aut certe unum*, inquit, *testamentum est duarum causarum*, id est, *duarum hereditatum*. Una quippe patris, altera filii, quæ & separari possunt, ut una ad substitutum perveniat, altera non, ut *supra* dictum; Quin & duæ aditiones necessariæ. *l. 2. §. 1. h.* Nec tamen nisi unum est testamentum, quoniam ab uno Testatore eodem actu & solennitate factum, iisdemque a Testibus signatum est, *l. 20. h. t.* denique pupillare Testamentum, quod dicitur, pro parte & sequela paterni habetur. §. 5. *h. t.*

7. (g) Levius & consiliarii magis quam Legislatoris est, quod in §. 3. inculcat; Testatorem, si metuat ne substitutus spem nefariam conscientia potiorem habens, filio suo insidietur, recte facturum, si versus eos, quibus substitutio pupillaris continetur, in extrema pagina scribat eamque complicet, vel alteri applicet, linoque & cera consignet; palam prohibens, ne pagina ista vivo & impubere adhuc pupillo aperiatur. Ita facile obtinebit Testator, ne pupillus ejus modi periculis sit obnoxius, quibus alii propter nimiam de amicis fiduciam succubuisse leguntur, cujusmodi exempla sunt in *l. 39. de Ben.* Cicer. *orat. pro Cluent.* Sueton. *Galba cap. 9.* De forma veterum libellorum & instrumentorum, quæ plura, quam heic necesse est, memorari poterant, ea remittimus ad locum. Tu vid. Sueton. *Ner. c. 17. l. 1. §. pen. & ult. l. 8. §. ult. de h. p. sec. tab. & l. ult. de fideic. lib.*

8. (h) Id quoque ex iis, quæ dicta sunt colligi potest, Patrem filio etiam exheredato recte substituere, §. 4. *l. 10. §. 5. h.* quoniam hunc perinde ac suum heredem habet in potestate, ac substituendi jus a Patria potestate pendet, quemadmodum de tutoris datione dictum ad §. 3. *supra de Tutel.* Difficulter tamen dixeris, quibus in bonis jure antiquo illa substitutio & tutoris datio habuerit effectum, si quidem omnia liberis undecumque adquisita Patrum erant propria, exceptis castrensibus, qualia impuberes habere non possunt. Sane in his bonis, quæ liberi expectabant, ac ante pubertatem obvenissent, valere poterat substitutio exheredati. *l. 10. §. 5. h. t.* Jure Codicis amplior sine dubio seges est, rebus adventitiis paternæ proprietati subtractis. Sed novissime vix est, ut doctrina hujus §. magnopere obtineat, ajunt Interpretes, quoniam impuberes, quibus hæc substitutio convenit, vix aut numquam exheredationem merentur, ex *Nov.* 115. Atqui tamen per querelam rescinditur testamentum, in quo impubes

(f) *Pos.* 11. 12. (g) *Pos.* 19. (h) *Pos.* 13. & 15.

bes exheredatus est, ut olim ita hodieque, *infra* videbimus, & jam vidimus *sub fin. tit. de Exhered. lib.* Si querela non moveatur, heres erit qui scriptus est, eoque deficiente substitutus. Quin etiam, qui ipsi exheredato substitutus est, admittendus erit, illo ante tutelam suam mortuo; nunquam enim jus hujus loci mutatum legitur, præsertim postquam jure novo placuit, ut mox intelligemus, per querelam non rescindi substitutionem pupillarem. Ad hoc in *Posit.* 13 non satis exacte animum advertisse videmur, quod non fugit Scholiastem nostrum ad *d. Pos.* Illud & veteri novoque jure certum est, testatorem filio exheredato ejusque substituto legata relinquere nulla posse, quia hæc onera sunt, quæ his, quibus nihil commodi a testatore fuit ortum, imponi nequeunt. *l.* 41. §.3. *de testam. mil.* Verum quid si filius per querelam inofficiosi testamentum rescindat, eoque rescisso, adhuc impubes moriatur, num substitutus hereditate potietur? Jure veteri nequaquam, quia certum est, si Patris testamentum non valeat, nec filii testamentum valere posse, §. 5 *in fin. h.* & cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo valet, ait Paulus in *l.*28. *in fin. de inoff. testam.* Qua in remitior fuit bonorum possessio contra tabulas, per quam nihil aliud rumpebatur, quam ut filius, contra quam scriptum erat, bona consequeretur; salvo in reliquis capitibus judicio Patris. l. 34. §. *ult. h. t.* Nec dissimilis ratio querelæ est hodie, quæ tantum movetur ad amoliendam a filio injuriam exheredationis bonaque impetranda quæ natura ei addixerat, adeoque ad institutionem quæ facta est, removendam, reliquis testamenti partibus inconcussis, *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.* ideoque substitutionem pupillarem quoque salvam esse consentaneum est: nam vulgarem per querelam aditionemque hereditatis evanescere, per se clarum est.

9. (i) Scilicet pupillare Testamentum, sive substitutio, est pars, ut dictum, & sequela Paterni, ideoque rescisso principali testamento, pupillaris substitutio non magis salva manet, quam toto corpore abolito, pars integra servari potest. Eadem ratione efficitur, ut Pater nunquam aliter filio, quam pariter sibi heredem scribendo substituere queat. *d.* §. 5. *in pr.* Quin adeo primi heredis institutio fundamentum secundæ est, ut substitutio ne quidem priore loco recte collocetur, quando diversis locis & interrupto contextu pars utraque testamenti componitur, sed institutio præcedere debebat, illo quidem casu *l.* 16. §. 1. *h. t.* Nam si uno contextu absque interruptione totum scribatur testamentum, ordo verborum nihil attenditur, *l.* 2. §. 5. *eod.* posse autem hoc casu unitatem contextus, alioqui adeo mysticam, negligi in testamento, alibi observatum est. *supra tit.* 10. *th.* 8. In §. 6. (k) nihil novum aut ἀπροσδόκητον continetur, nam quo minus Testator aut singulis liberis distincte aut ultimo ex illis morienti substituere ex arbitratu suo possit, nulla ratio erat dubitandi: scilicet, cum singulis substituit, tam curiosus fati est, ut liberorum unicuique suum velit assignare heredem; quando ultimo defuncto, cupit, ne bona extra familiam vadant, sed ut superstites aliorum mortibus augeantur. De hac specie casus est dubius, talis; Si liberi, quorum ultimo morienti unus idemque substitutus est datus, pariter decedant, an substitutus, qui supremum mortuum probare non potest, admittatur. Africanus adfirmat in *l.* 34 *pr. h.t.* quia *postremus non is demum, qui post aliquem; sed etiam post quem nemo sit, intelligitur.* Martianus *in l.* 34. *ad SC. Trebell.* habet hanc speciem: Pater filios heredes instituit, partem ejus, qui novissimus ex filiis moreretur, propinquo restitui voluit: Filii simul diem suam obierunt. Propinquus si non ostenderit, quis novissimus obierit, ad partem hereditatis non admittitur. Videntur hæc esse contraria, sed diversæ rationes sunt; in prima specie, substitutus est novissimo morienti in altera, pars ultimi rogata fuit restitui, quæ pars demonstranda est: Accedit, ut videtur, favor maternæ successionis, quæ fideicommissariæ opponitur. *in d. l.* 34.

10. (l) Denique substitutio potest fieri vel nominatim, quod usitatius & expeditius est, vel generaliter, ut dicat: quisquis mihi heres est, is filio meo heres esto. §. 7. *h.* Inter utramque formulam hoc interest, quod qui nominatim substitutus est, filii successionem consequatur, etiamsi de bonis oneribusque paternis nihil adipiscatur, ut audivimus. Qui ex altera formula, is de secundis tabulis non gaudet, nisi heres Patris fuerit, & quidem expresso ejus judicio vocatus, adeoque scriptus, non herus aut Pater, qui per filium aut servum heredem se testatoris esse contendit, multo minus qui solo jure sanguinis & intestati spretus est. *l.* 8. §. 1. *h. t.*

11. (m) Finitur Substitutio pupillaris eodem

(i) *Pos.* 14. (k) *Pos.* 16. (l) *Pos.* 18. (m) *Pos.* 20.

Digitized by Google

dem tempore, quo filius incipit ipse sibi scribere posse heredem, id est pubertate, §. 8. *h.t.* quamvis diserte testator longius tempus comprehenderit, *l.* 14. *h. t.* id enim frustra facit, verbis quidem civilibus. *l.7.h.* Si *frustra*, igitur in vim fideicommissi talis non flectitur substitutio, quod nec ideo fieri potest, quia substitutio pupillaris est de bonis heredis, fideicommissum duntaxat de propriis testatoris, ideoque toto genere differunt; unde *μεταμόρφωσις* ejusmodi nimis foret insolens, utique in paganis; nam in militibus nihil insolens aut notabile est; hi possunt & vulgariter, postquam heredes extiterunt, & pupillariter ultra pubertatem substituere; sic tamen, ut substitutus ea tantum, quæ propria testatoris fuerunt, adipiscatur. *l.* 5. *de testam. mil. l.*15.*h.* Potest etiam iis, quos in potestate non habet, miles substituere, *l.* 41. §. 4. *de test. milit.* quod paganis nullo modo licet. Verum (n) si quis suas res ab uno ad alium heredem velit devolvi, id per fideicommissum disponere debet, de quo proprius erit *infra* dicendi locus: sunt enim res diversæ; quanquam fideicommissum haud inepte substitutio vocari potest, ac ita appellatur a Papiniano in *l.* 57. §. 1. & 2. *ad Sc. Trebell.* & clarius ab eodem in *l.* 41. §. 3. *h. t.* Moribus hodiernis, pupillaris substitutionis usum obsolevisse, nisi quatenus vim fideicommissi obtineat, constanti Pragmaticorum attestatione traditur; cum, quod Patria potestas illa Quiritium omnino fere evanuit, tum quod hoc caput, quo pater jus habet excludendi post mortem suam fratres sororesque impuberum a successione eorum, (quod etiam in exemplari Justiniano iniquum fuit visum, ne de avis maternis & reliquo sanguine dicam) prope inhumanum adeoque a secta hujus sæculi alienum videtur. In Frisia tamen non est dubium, quin substitutio pupillaris plenum robur obtineat, libereque a Parentibus exerceri possit. vid. Sand. *lib.* 2. *Decis. tit.* 7. *def.* 1.

TIT. XVII.

Quibus modis Testamenta infirmentur.

I. Quot modis testamenta infirmantur, & rumpendi modus prior. II. Rumpendi modus alter, facto posteriori testamento. III. Si duo pariter fecerint testamentum, unum inscio altero illud posse mutare. IV. An per posterius imperfectum, rumpatur prius. V. Quid si testator in posteriori caverit, ut etiam prius valeret. VI. De deletione, inductione, cancellatione &c. VII. Quo modo fiat irritum. VIII. Nuda voluntate non revocari. IX. Valere tamen revocationem coram septem testibus factam, contra Vinnium astruitur. X. Principem non recte institui litis causa.

(a) QUomodo Testamenti factio ordinari & quibus solemnibus, quomodo heres institui atque substitui debeat, adeoque totam Testamenti structuram & œconomiam vidimus. Jam videndum, quibus modis destruantur. Sciendum autem, Testamenta quæ non ut debent, condita sunt, vel ab initio non valere, vel postea infirmari. (b) Quæ ab initio non valent, ipso jure *Nulla* dicuntur. Cujusmodi sunt etiam Injusta, sive non jure facta, in quibus desunt solennia juris, *l.* 1. *de injust. rup.* maxime ea, in quibus filiifam. sunt præteriti. *l.* 17. *ibid.* Quæ (c) valent initio nec tamen firma sunt, ea infirmantur jure Prætorio aut jure Civili. Prætorio per bonorum possessionem contra tabulas, quæ datur liberis emancipatis præteritis §. 3. *I. de exhered. lib.* Jure Civili (d) *rumpuntur* aut *irrita* fiunt aut *destituuntur* aut denique *rescinduntur*, quos terminos non tam secundum Priscianum, quam Justinianum distinguere solemus. §. 5. *h.* Testamenta (e) *rumpuntur* agnatione Posthumi; & posteriori Testamento æque perfecto. Posthumi vel vera vel quasi agnatio est. De vera agnatione dictum *ad* §. 1. *supr. de exhered. liber.* Quasi-posthumorum tres quasi species sunt: Prima est nepotum, qui morte vel emancipatione patrum proximi avis, ac ita sui sunt facti. §.2. *I. de exhered. lib.* Altera est eorum, qui a Testatore post conditum Testamentum arrogati sunt, vel in descendenti gradu adoptati, §.1 *h.* juncto §.2. *de Adopt.* & §.14. *de hered. quæ ab intest.* Tertia eorum, qui a Patre Testatore post factum testamentum sunt legitimati.

(n) *Pos.* 21. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. & 6.

ti. §. *ult. de Nupt.* Qui omnes *quasi* agnascendo rumpunt Testamentum, omniaque ad causam intestati redigunt. Nam constitutio nova, quæ solam heredis Institutionem infirmat, ad Querelam inofficiosi solummodo pertinet. *in Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.*

2. (f) Secundo, prius Testamentum rumpitur per posterius. Nam declarationem voluntatis, qua nos alteri non obligamus, mutari licere tam est naturale, quam obligationem consensu ejus, cujus interest, posse aboleri certum est. Hoc sensu ambulatoria dicitur esse hominis voluntas, *l.* 4. *de adim. vel transf. leg.* adeo quidem, ut nihil opus sit priorem voluntatem revocare in posteriore, sed aliam extare sufficiat, per quam *ipso jure* præcedens rumpitur. *l.* 27. *C. de Testam.* Quod verum est, etiamsi juravit Testator, se non mutaturum prius Testamentum; Tali enim jurejurando nusquam jure civili major efficacia, quam declarationi injuratæ tribuitur. Quod si per juramentum Testator heredi id promiserit, non dixerim, salva conscientia eum mutare posse testamentum; quanquam, si mutatum sit, in Foro posterius valebit. Cæterum (g) duplex in testamento clausula derogatoria usurpatur: altera posterioris testamenti, qua derogatur cunctis voluntatibus antea conditis, quæ non est necessaria; & altera priori inserta testamento, qua testator declaret, se nolle, uti posterior sua voluntas, si quam forte condiderit, subsistat. Qualis si priori Testamento sit inserta, tamen juris Romani ratio non permittit, ut homo liber, eo modo supremum sibi arbitrium præcidat, auctore Hermogeniano in *l.* 22. *de leg.* 3. & Marciano *l.* 6. §. 2. *de jure codic.* Sed usu fori est receptum, testamenta clausulis derogatoriis munita, per posteriora non aliter rumpi, quam si Testator in novissimo clare dicat, se mutare sententiam & revocare illam clausulam, teste Sandio *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 1. Nec videtur hoc temperamentum carere fundamento, propter *l.* 22. *de leg.* 3 ubi Testator dixerat; *cui bis legavero, semel deberi volo.* mox in eadem scriptura bis uni legat; JCtus ait, bis deberi, quia posterior voluntas potior est, quam prior derogatio impedire nequit: *sed hoc ita locum habebit*, pergit textus, *si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.* Hanc clausulam plerique adsutam a Triboniano censent, quod Cujacii & auctoritati & rationibus *l.* 14. *obs.* 7. haud ægre concesserim. Atqui Justinianus hoc capitulum omnesque Pandectas, ut a Triboniano sibi oblatæ sunt, confirmavit; adeoque etiam huic clausulæ robur dedit; ut jam parum intersit, Hermogeniani, an Triboniani ea verba censeantur. Quid si ita colligamus; Testator in priori voluntate non potest cavere ne posterior dispositio valeat, modo constet, eam esse ipsius seriam voluntatem. Quando autem in una scriptura prius dixit, si quid infra leget bis, hoc se nolle bis præstari, tum si mox leget bis, quid fiet, nisi quod dixit, ut semel præstetur? Id enim adhuc velle creditur. Mutatio voluntatis tam brevi non præsumitur: Potest tamen mutare & præcipere, ut bis præstetur, sed tum specialiter id exprimere oportet. Ita optime convenit inter *d. l.* 22. & *l* 14 *pr. de Leg.* 1. Sed quando in priore Testamento dicit, se nolle valere quod postea disposuerit; dein alio testamento, diversaque scriptura & tempore, contrarium quam priore testamento ordinavit, tum facilius mutata voluntas præsumitur, quam in eadem scriptura. *d. l.* 14. & *l.* 22. Ita videtur opinio Dd. quæ praxin fori peperit, longius extendisse clausulam *d. l.* 22. quam ex ratione juris civilis necessum fuerat. Alias Pragmatici, forte nec inepte, distinguunt inter clausulam derogatoriam potestatis, & voluntatis, illam non valere, hanc effectum habere, id est, non posse testatorem ita circumscribere semetipsum, ut ei non sit integrum mutare voluntatem; sed posse eum ita munire prius testamentum, ut argumentum præbeat, posterius ex voluntate ejus non esse factum. Proinde si reservetur ei facultas derogatoriam clausulam revocandi, satis consulitur libertati voluntatem mutandi. Quod si derogationem non revocarit, quidni præsumptio sit, eum a priore voluntate non recessisse; proinde fieri debere, quod dixit, testamentum posterius ne valeret?

SCHOLIUM.

Regulariter ergo semper præsumi debet eum pœnituisse, quia alias tam solennem actum, in quo testamentum posterius fecit, de nihilo instituisset.

RESPONSIO.

Atqui præsumitur, quemadmodum Testator aut Testatrix prævidit, se importune ad testamentum recentius sollicitatum iri, contra quod provida clausula ista se voluit præmunitum, ita dein-

(f) *Pos.* 7. (g) *Pos.* 8. 9. & 10.

Digitized by Google

deinceps eum eamve fuisse compulsam, vel sollicitatam, ut fit.

N. ADDIT.

Consentio huic responsioni. Sed per eam Autor non me refutat, sed seipsum. Adjeceram enim id Scholium positioni 10. ut ostenderem, ibi asserta cum iis quæ ipse Author tum tradiderat in prælectionibus, non convenire, & provocaveram ad ipsas prælectiones. Nunc cum ea verba prælectionum, ad quæ ibi provocaveram, hic expunxerit, debebat etiam meum Scholium omittere, aut meliori fide rem, prout gesta erat, narrare.

3. Quid juris sit, cum duo pariter, veluti conjuges, fecere testamentum, ut hodie fit; an & tunc alter inscio altero, testamentum mutare queat, diximus ad *tit. de Testam. ordin. sub finem.* Multos tamen aliter sentire, satis constat & testatur D. Voetius *ad* §. 3. *d. tit. n.* 2. quibus hæc ratio præcipua est, quod ea res insignem perfidiam redoleat, si communis consensus fiducia duo conjuges amicive testati alter in alterius favorem, deinceps alter alterum frustretur; Sane, si id fiat utroque superstite: nam altero præmortuo, superstitem alterum pro lubitu salvaque fide testari posse, non est dubium; utique, si in mutuum favorem duntaxat disposuerint. Nam si communes heredes alios scripserint, eadem fere est ratio in specie perfidiæ, quam modo subduximus. Attamen hæ rationes non possunt efficere, quo minus fortior & verior sit hæc regula juris; ambulatoriam esse hominis voluntatem usque ad supremum vitæ exitum, quotiescumque alter alteri non est obligatus, *l.* 4. *ff. de adim. vel transf. leg.* quemadmodum duo testatores hoc ipso, quod pari consensu testantur, nulla speciе obligationis erga se invicem tenentur, nec possunt quidem, quia, sicut alias & sæpe dictum est, contractus cum actu testandi consistere non potest. *l.* 20. *ff. de V. S.*

4. Rupto igitur priore testamento, successionem fieri palam est ex novo, quod proinde ejusmodi esse debet, ut *jure* perfectum sit. Nam posterius imperfectum hactenus pro non facto habetur, sive ipso iure invalidum sit, seu postea infirmetur, præterquam si destituatur, id est, hereditas ex eo non adeatur; neque enim hoc ad internam testamenti perfectionem, sed ad eventum spectat, sufficitque tale esse testamentum, ex quo heres existere possit: qui si deficiat, cum voluntas tamen sit perfecta & contraria præcedenti, heres in priori institutus manet exclusus & defunctus exitum intestati patietur. *d.* §. 2. Non habetur hic tamen pro imperfecto testamentum militare, aut simile privilegiatum; nam quia supplemento legis pro consummato habetur, mirum non est, quod per hæc, priora testamenta tollantur; Ideo hæc species, ut exceptio a regula perfectionis, vix poni meretur, etsi ita loquatur Ulpianus in *l.* 2. *de injusto. r. irr.* Justior *ibidem* exceptio traditur, quando in posteriore testamento scriptus est heres, qui ab intestato succedere poterat, cum in priore essent extranei, nam tunc in favorem legitimorum posterius imperfectum rumpit prius perfectum, *d. l.* 2. quod etiam verum, quando posterius ipso jure nullum est ratione præteritionis filii, modo heredes scripti sint tales, qui amoto filio, hereditatem ab intestato consequi possunt; etenim & tunc posterius testamentum hactenus valet, ut rumpat prius, in quo filiusfam. erat exheredatus; quo rupto, filiusfam. posterius testamentum expugnat per bonorum possessionem contra tabulas, modo quinque testes adfuerint. *l.* 21. §. 3. *C. de Testam.* Unde apparet, hanc partem exceptionis non in favorem heredum agnatorum, sed filiifamilias exheredati, excogitatam esse. *l.* 12. §. 1. *de bon. poss. contra tab.*

5. (h) Utrum autem heres in posteriore testamento sit ex re vel rebus certis institutus, nihil quidem interest, §. 3. *h.* nam, ut pridem intelleximus ad §. 5. *de hered. inst.* qui ex certa re instituitur, detracta rei mentione, pro herede ex asse jure accrescendi habetur, quod repetitur in *hoc* §. 3. Tale igitur non minus est efficax ad tollendum prius, quam si heres simpliciter esset dictus. Tamen fieri posse dicimus, ut prius testamentum rumpitur, ac nihilominus heredes in eo scripti hereditate potiantur; scilicet, si in posteriore, ubi heres ex re certa scriptus est, addiderit Testator, se velle nihilominus, ut valeat primum. Hæc enim verba fideicommissum inferre videntur, ut heres ex re certa dictus, ea re contentus esse velit, ac cætera bona restituere scriptis in priore testamento. *hoc* §. 3. *l.* 29. *ad SC. Treb.*

6. (i) Ad rumpendi quoque modos referri potest, quod in *tit. ff. de his, quæ in testamento delentur, inducuntur, cancellantur, inscribuntur,* item quando *scinduntur*, aut penitus *abolentur* tabulæ testamenti, traditur. Quicquid horum consulto fit a testatore, sine dubio vim testamenti

(h) *Pos.* 11. & 12. (i) *Pos.* 13.

menti infringit totumque ſubvertit; ſi quid inconſulto fiat ejusmodi invitoque teſtatore, non nocet hoc, ſi modo voluntas adhuc conſtet atque probari poſſit. *l.* 1. *eod. tit.* Et hæc *moribus noſtris* ſine dubio ſic etiamnum ſervabuntur: conſentiente bona cum gratia Groenewegio *ad h. tit.* Quid ſi teſtator poſteriores tabulas ruperit aut deleverit, & priores adhuc extent, an hæ convaleſcent, ut exinde peti poſſit hereditas? Ita juris eſt; ſi tabulas supremas inciderit hoc animo, *ut priores ſupremas relinqueret*, idque ſe velle *declaraverit. l pen.* §. 2. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Alioqui teſtamentum ipſo jure extinctum, ſine nova cauſa, ut habet regula Attis tralatitia, non poteſt reviviſcere. *arg. l.* 30. *pr. de S. P. U.*

7. (k) Quomodo rumpatur, dictum; fit etiam *irritum* Teſtamentum, idque per capitis diminutionem Teſtatoris maximam mediamque ſemper, ut & minimam, niſi a milite factum aut pagano de bonis quaſi aut vere caſtrenſibus, de quibus etiam filiusfam. jus habere teſtandi, dudum audivimus. §. 4. *h. l.* §. 5. *& ſeqq. ff. de in juſt. teſtam.* Si tamen poſt factum teſtamentum capite Teſtatorem minui contigerit, at priusquam moreretur, ſit reſtitutus, quamquam rigore juris Civilis irritum ſit ac manere debeat teſtamentum, benignitate tamen atque humanitate juris Prætorii convaleſcit, daturque exinde poſſeſſio ſecundum tabulas, *modo* Teſtator codicillis aliisve literis vel ſufficienti voluntatis ſuæ indicio declaraverit, eodem teſtamento cupere ſe mori, quod ad ſupplementum §. 7. *h. t.* ex *d. l. pen.* §. 2. *de b. p. ſec. tab.* obſervandum. (1) *Nec putaverit quiſquam*, ait Papinianus in *d. l. pen.* §. 2. *nuda voluntate conſtitui teſtamentum*. Hoc enim antea pridem jure perfectum fuit.

8. (l) Voluntate alioqui nuda neque condi, nec revocari teſtamentum poteſt, ut docetur §. 7. Sed teſtamentum revocatorium, ut & quodvis aliud, omnibus numeris oportet eſſe perfectum, uti modo intelleximus, adeo ut ſi teſtator coram teſtibus aliquot jam heredes nuncupaverit & plures nominaturus defecerit, ne quidem nominati fiant heredes; quia potius inchoaſſe, quam teſtamentum perfeciſſe videtur. *l.* 25. *ff. Qui teſt.* Conſtitutum tamen eſt, ſi teſtator coram tribus teſtibus ſe nolle valere teſtamentum declaraverit & decennium exinde ſit elapſum, hæc duo ſufficere ad revocandum prius teſtamentum *l.* 27. *C. de teſtam.* Tu dices, quid opus teſtibus tantique temporis patientia, cum Teſtator incidere, cancellare, inducere, delere tabulas pro arbitrio, aut dedere Vulcano poſſit? Notius enim nihil eſt, quam poſſe quemque teſtatorem, vel totum abolere teſtamentum, vel ſi partem cancellarit aut expunxerit, hactenus id revocari, quatenus deletum inductum fuerit. *l.* 1. *& toto tit. de his, quæ in teſt. del induc.* Exiſtimandum igitur, Conſtitutionis *d. l.* 27. uſum eſſe, quando teſtator copiam tabularum teſtamenti non habet, ut quidem videtur.

9. Sed magna dubitatio eſt, an, ſi teſtator coram tot teſtibus, quot requiruntur ad faciendum teſtamentum, dixerit ſe velle mori inteſtatum, vel ſe nolle valere teſtamentum quod fecerit, ejuſmodi declaratio ſufficiat ad infirmandum teſtamentum. Non accidit, ut alibi hanc quæſtionem, quæ eſt magni uſus, enucleaverim; ideoque placet id hoc loco inſtituere diligentius & more Digreſſionis. Auctoritates quod attinet, hæ in utramque partem, ducibus Baldo Bartoloque, numero pene pari recedunt, ut videre licet apud Graſſum *comm. ſent.* §. *teſtament. quæſt.* 84. Alii diſtinguunt, utrum ſimpliciter dixerit Teſtator, ſe nolle valere teſtamentum, an dixerit, ſe velle mori ab inteſtato, ſive bona deferre ſecundum ordinem legitimum, ut ibi Graſſus *n. ult.* & meminit Vinnius ad *d.* §. *ult.* Nos auctoritatibus miſſis, quæ nos expedire non poſſunt, ita exiſtimamus, hoc jure utendum eſſe, ut revocatio teſtamenti valeat, ſi coram ſeptem teſtibus ſolenniter facta fuerit, vel coram Notario cum duobus teſtibus, in iis locis, ubi teſtamenta ſic fieri poſſunt: in qua ſententia, ne de aliis dicam, gaudeo eſſe Manticam *lib.* 2. *de conject. ult. volunt. tit.* 15. *n.* 10. & Grotium *lib.* 2. *Introduct. cap.* 24. *n.* 15. Ratio mihi duplex videtur, poſitiva altera, & altera negativa, ut liceat ita loqui. Poſitivam voco prægnantiſſimam æquitatem, quæ nullo modo patitur, ut hereditas ad eos perveniat, quibus teſtator ſolenni modo pronunciavit, eam ſe nolle delatam. Quæ vis æquitatis, ſi non directe teſtamentum tollit, indirecte ſaltem beneficioque exceptionis

(k) *Poſ.* 15. 16. (l) *Poſ.* 14.

(1) *Quæ nova declaratio tantum requiritur dum irritum cœpit eſſe propter minimam capitis diminutionem teſtatoris, de qua ſola agit* l. pen. §. 2. de B. P. ſec. Tab. *Quod ſi teſtatori maxima vel media contigerit capitis diminutio, nihil aliud requirendum ad convaleſcentiam teſtamenti, quam ut tempore mortis & civis Romanus & ſuæ poteſtatis inveniatur.*

nis id efficiet, uti constat æquitatis rationes solere producere exceptiones. Laudo igitur, quod Grassus e Socino refert, *loco prædicto*; *eam sententiam quadrare cuilibet sensato & rationabili intellectui*. Sed rursus assentior Vinnio, qui ad *d. §. pen. h.t.* periculosum ait esse, prætexere æquitatem contra expressam juris auctoritatem; proinde, si leges id præcipiant, non vitiari testamentum, de quo testator coram tot testibus, quot requiruntur ad condendum testamentum, dixit, id se revocare, se nolle valere; missam faciemus æquitatem & juri scripto stabimus, ubicumque jus contrarium non fuerit introductum; quod si leges id non dicant, haud faciles erimus in admittendis consequentiis adversus æquitatem urgentissimam, ut hereditatem invito testatore vindicari patiamur.

Sane testator non potest facere quo minus leges in suo testamento valeant, ideoque si minorem adhibeat numerum testium, quam in condendo testamento requiritur, nihilo magis in revocando, quam in componendo effecerit. At de nuncupativis testamentis ipsi dissentientes fatentur, procedere nostram positionem, *arg. l. 35. ff. de Reg. Jur.* tametsi textus, ex quibus aliter sentiunt, de testamentis indistincte loquantur. Nam constitutio Justiniani, quæ est in *l. 27. C. de Testamentis*, ex qua probatur contrarium, agit de testamentis legitimo modo conditis, ea non tolli lapsu decennii, nisi voluntas contraria non paucioribus quam *coram tribus testibus sit manifestata*: & in fine subjicit, *aliter testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere, nullo patimur modo*; de testamentis indistincte loquitur; si tu jam velis ne quidem coram septem testibus factam declarationem revocatoriam infirmare testamentum; non habes ex hac lege, quo probes, nuncupativum ita posse revocari. Hæc, inquam, lex etiam de nuncupativo agit, primo, quia generalia sunt verba; rursus, quia si non agatur de eo, dicendum foret, nuncupativum vel decennii lapsu finiri, vel intra decennium coram tribus testibus revocari posse; contrario enim, ac in scripto sit, modo se habeat oportet, si hæc sanctio de eo non loquatur. Sed hoc non largientur dissentientes; & tamen volunt nuncupativum, per septem testes ante decennium revocari posse; nec obstare, quod in hac lege habetur de *testamentis in genere*; Imo vero inquam, si hoc non obstat alteri speciei testamenti, non potest etiam obstare speciei contrariæ, proinde nec scripto. Denique manifestum est, in hac constitutione non agi de revocatione facta pari solennitate, qua conditum est testamentum, nec adeo potest inde colligi conclusio adversus ejusmodi revocationem. Adde textum in *l. 1. §. pen. ff. si tab. test. nul. extab.* quæ sola quidem non sufficeret; at cum aliis juncta potest augere sententiæ hujus facilitatem.

Verum hoc validius profertur; esse rem perabsurdam, testamentum revocari per inscriptionem contrariam, per tenuem literarum inductionem, per cancellationem, id est, deductionem linearum transversarum super universam chartam, ut traditur in *tit. ff. de his, quæ in testament. delentur, inducuntur, inscribuntur*. quibus modis facultas legendi non aufertur, nec aliud sunt, quam indiciæ voluntatis contrariæ, neque possunt æquare solennem revocationem. Non audimus Vinnium regerentem, *facta majorem habere vim quam verba*, *ad d. §. h. t.* Ego contra, ubi de voluntate quæritur, majorem inesse puto vim dictis quam factis: Verba enim multo clarius exprimunt animi voluntatem, quam facta quælibet. Ideo Græci mentem atque sermonem eodem vocabulo enunciant, quando λόγον appellant tam προφορικὸν, quam ἐνδιάθετον: oratio nihil est aliud, quam oris ratio, ψυχῆς χαρακτήρ ἐστιν ἀνθρώπῳ λόγος, *Character hominis animi est sermo*. Nescio an validius sit alterum Vinnii argumentum *loco prædicto*; si ne tum quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum testator *processit*, *quod tamen non consummavit*, *quanto minus infirmabitur sola revocatione verbali*? Ego contra, si Leges solummodo negant, prius testamentum non tolli per sequentem voluntatem imperfectam inchoatamque, nulla est ratio colligendi, quod non tollatur per revocationem solennem atque perfectam. Sic est, qui non perfecit testamentum, non testatus est, sed incepit testari, adeoque nec id quod dixit aut scripsit valet, quia non constat an perfecturus fuisset, & an non ab incepto destitisset. *l. 25. ff. Qui testament. fac. poss.* Quid commune habet ejusmodi abruptus & abortivus actus, cum revocatione tam gravi feriaque & omnibus numeris absoluta, denique tam solenni, quam fuit, cum primum conderetur testamentum? Imo *Testator*, pergit Vinnius, *non videtur satis serio improbasse voluntatem solenni testamento conditam*, *qui nude eam revocavit tabulis testamenti integris servatis*:

Digitized by Google

tis: *si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentum condere; quod cum non fecerit, præsumere licet, eum revocationis pœnituisse*. Non videtur mihi Vinnius satis animum advertisse ad usum hujus sententiæ; loquitur enim, quasi testatores semper in manibus haberent testamentorum tabulas, quas sæpe, dum peregrinantur, domi relinquunt, aut amicis custodiendas tradiderunt, quibus notitiam mutatæ voluntatis impertiri nolunt; sæpe etiam reperire non possunt; quibus casibus omnia, quæ in his verbis protulit *Vinnius*, apparent inania. Plane cum testator tabulas penes se habet, vix est dubitandum, quin eas minore molestia sit aboliturus. At de altero casu mihi semper visus est loqui Justinianus in *l. 27. C. de Testam.* Quorsum enim expectare lapsum decennii atque tum adhuc tres adhibere testes? Cum si tabulæ ad manus essent, nulla molestia scindi comburive possint; Manifestum igitur est, usum practicum hujus rei tunc esse, cum testator vult revocare testamentum, nec ipsas tabulas penes se habet. Neque tamen exinde suspendere velim hujus sententiæ definitionem; posset enim & alia causa testator moveri, quamobrem tabulas ipsas nollet eodem tempore rescissas. Præsumptio autem pœnitentiæ in ipso actu solenni revocationis, quam Vinnius colligit, alienissima ab omni similitudine veri, utpote actui ipsi contraria, videtur. Denique movetur Vinnius per *l. 36. §. 3. ff. de testam. mil.* ubi traditur, *si veteranus moriens testamentum jure communi tempore militiæ factum irritum esse voluerit, heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu manere, legata vero petentes exceptione doli mali summoveri*. Responsio facilis est; Veteranus heic opponitur militi; Hic nuda quavis voluntate testamentum rescindere potest. *l. 15. §. 1. & l. 35. ff. de Testam. milit.* Veteranus non potest, sed opus ei est revocatione solenni, de qua non agit *d. l. 36. §. 3.* Id vero ex *d. l. 36. §. 3.* non gravate concesserim, hoc sequi, non referre, dixerit testator se nolle testamentum prius valere, an se cupere mori intestatum; quæ distinctio placuit aliis; Nam in objecta *l. 36. §. 3.* utrumque fuit expressum, & tamen eadem vis utrique formulæ adscribitur, etenim ipsa res indicare videtur, eum, qui solenniter protestatus est, se nolle valere testamentum quod fecit, neque dein aliud composuit, ejus animi esse, ut intestatus decedere cupiat. Groenewegius, qui est in diversa opinione super interpretatione juris Civilis, tamen de usu fori hoc modo loquitur, *ad d. §. pen. n. 3. Hæc autem Romani juris scrupulosa subtilitas aliena est a simplicitate testatorum, qui contrariæ voluntatis declaratione videntur voluisse decedere intestati, quorumque suprema voluntas semper primum locum obtinere debet.* Apud nos valiturum, quod probavimus, non tantum usu ob æquitatem, verum etiam ex sana Juris Civilis interpretatione, non dubitaverim.

10. (m) Quid sit *destitui* testamentum, in transitu diximus; quando nullus ex eo heres existit, *pr. & §. 7. l. de hered. quæ ab intest. §. 2. de L. Falc.* sive conditio defecerit sub qua institutus est, sive mortuus antequam adiret aut repudiaverit hereditatem. Cæterum, quamvis imperfecta testamenta ratione solennium, jure Gentium valere queant, ut alibi dictum, & Princeps qui legibus est solutus, (quod similiter alibi dictum est) relicta sibi testamento non solenni petere posset, verecundia tamen & generositas ac majestas ejus, non patitur tam vilem captationem. *§. ult. h.* Nec similiter admittit hereditatem ejus qui se litis causa heredem instituit, hac mente testatoris, ut adversarium a bonis in hereditate litigiosis judicio persequendis absterreat. Etsi enim privati hoc animo heredes instituti non repellantur, *l. 8. §. 3. de alien. jud. mut. caus.* quia vix est ut horum metu quisquam a lite prosequenda deterreatur, Princeps tamen suæ gnarus potentiæ, nec ipse ea abuti nec aliis permittere vult abutendam, citans pulchram in hanc rem sententiam, in *h. §.* de qua locus alias dicendi.

(m) *Pos.* 18. 19.

Digitized by Google

TIT. XVIII.

De Inofficioso Testamento.

I. Quid inofficiosum Testamentum. II. Quid querela, & quid juris si causa exheredationis non fuerit expressa. III. De liberorum & parentum querela. IV. De querela fratrum. V. De ordine eorum quibus datur querela. VI. Casus cessantis querelæ & primo si aliud detur remedium. VII. Si exheredatus agnoverit judicium. VIII. Si legitima sit relicta. IX. Quid sit legitima. X. An legitima tolli possit. XI. Quanta sit legitima, & an augmentum ejus æque in parentibus & fratribus habeat locum. XII. Eam gravari non posse. XIII. Casus cessantis querelæ respectu testatoris. XIV. De tempore instituendæ querelæ, & morte ejus cui competebat. XV. De causis exheredationis, remissive. XVI. De titulo quo legitima relinqui debet.

(a) NOn ut testamentum rumpitur irritumque fit vi ac operatione juris sine facto hominis, perinde fit rescissio; sed ad hanc remedium actionis adhibetur. Quod autem rescinditur jure Civili, id *Inofficiosum* vocatur; est hoc, *in quo exheredati vel præteriti sunt, qui ex officio pietatis non debebant*. Præteritos intellige eos, quorum præteritio æquipollet exheredationi, ut sunt liberi a matre avoque materno, Parentesque & fratres præteriti, de quibus *ad* §. *ult. de exhered. lib.* Nam suis præteritis, constat ipso jure nullum esse testamentum, quod rescissio recte factum esse supponit. *l.* 2. *ff. h. t.*

SCHOLIUM.

De jure Institutionum hoc concedimus. Aliud de jure Novellarum, ubi liberi a matre avoque, & emancipati a patre præteriti faciunt testamentum ipso jure nullum, Nov. 115. c. 3. *Adde omnino* Struv. X. 15. & 16. & not. ad Strauch. IX. 39. 40. p. 115.

RESPONSIO.

Contrarium ostendimus sub fin. tit. de Exhered. lib. *nec est apud* Struvium *aliosque dissentientes ibi laudatos, quod* supra *non sit occupatum*.

N. ADDIT.

Sententiam nostram defendimus in novis additionibus supra ad eundem titulum de exher. liberor.

Porro ex ultimis definitionis verbis colligitur, exclusionem aut omissionem justa de causa factam, cum pietatem non lædat, testamentum quoque non reddere inofficiosum; quæ autem respectu singularum personarum, justæ sint causæ, repetere nihil attinet, ex iis quæ dicta sunt *ad d. tit. de lib. exhered.*

2. (b) Remedium illud rescindendi est Querela Inofficiosi, quæ optime definitur, *Petitio hereditatis* per rescissionem *testamenti inofficiosi*. Doctores negant, querelam esse petitionem hereditatis, sed volunt eam remedium esse præparatorium quo testamentum rescindatur, ut, hoc impetrato, hereditas novo judicio petatur. Sed hæc explicatio actionum caret legis suffragio & contrarium perspicue probatur ex *l.* 19. *in fin. & l.* 20. *ff. h. t.* Non obstat dilemma; quod hereditatis petitio fit e testamento vel ab intestato, quod de Querela neutrum dici possit, cum ea testamentum supponat jure factum & expugnandum. Sed tu dic, *ab intestato*; eventu inspecto, & secundum hunc, intentione petitoris. *l.* 6. §. 1. *ff. h. t.* In foro non male dixeris haud multum interesse; nam si maxime non esset petitio hereditatis, nihil tamen prohiberet eam cum petitione conjugi & sic pariter absolvi, adeoque petitionem & Querelam uno judicio perpetrari. Usum hujus remedii jure novissimo valde coarctatum esse Doctores iidem sentiunt, quia tum demum obtineat, quando una ex XIV. causis testamento inserta, de probatione laboratur; si vero causa omissa vel diversa ab illis 14. fit, testamentum ipso jure nullum arbitrantur; Sed cum hoc nuper falsum ostenderimus, *ad tit. de Exhered. sub fin.* sequitur nec minorem querelæ usum hodie superesse quam olim, nec non exheredatione simpliciter facta testamentum esse rescindendum, ut latius ibidem probavimus. Effectus Querelæ inofficiosi fuit olim, quod nihil ex tali testamento valebat, *l.* 28. *in fin. ff. h. t.* ut omnia testamenti capita rescinderentur. *l.* 8. §. *pen.* Sed Justinianus *in Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.* sic ait; *Si autem hæc observata non fuerint, nullum exheredatis liberis præjudicium generari, sed*

QUAN-

(a) *Pos.* 1. 2. (b) *Pos.* 3. 4. & 5.

Digitized by Google

QUANTUM AD INSTITUTIONES HEREDUM PERTINET, *testamento evacuato*. & mox; *Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis, quædam legata vel fideicommissa aut libertates aut Tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri.* Quid de substitutionibus? Vulgata nullo modo subsistere potest. Pupillaris potest, ut diximus *in loco*.

3. (c) Secundum hæc, liberis a parentibus exheredatis primo omnium querela competit, tam suis quam emancipatis, feminis & maribus, etiam legitimatis & arrogatis & ab ascendentibus adoptatis, quoniam illi omnes instituti vel exheredari debent, ut *supra* intelleximus. vid. *pr. h. t. l.*1. 3. 5. *ff. h. t. l.*7. & 15. *C. h. t.* De matris Testamento naturales quoque & spurii queruntur, *l.*29.§.1.*ff. h. t.* non de patris: utique non spurii, quia ad hereditatem patris ne ab intestato quidem admittuntur, cum patrem prorsus non habeant. §. 12. *Inst. de Nupt.* Sed nec nothi de patre queruntur, extantibus liberis legitimis; quibus non extantibus, hactenus queri possunt, quatenus ab intestato jus habent succedendi, de quo in tempore dicendum. Nec quidem spuriis hodie de matris judicio queri licet, si mater sit illustris & liberos habeat legitimos. *l.* 5. *C. ad Sc. Orphit.* De nothis vero, id est simpliciter naturalibus, idem quod olim, hodieque servatur, *d. l.* 5. *in fine.* Cæterum, ne filii insolenter lædant reverentiam memoriæ paternæ, querela ab iis hoc colore intenditur, quasi parentes furiosi aut dementes fuerint. *h. pr. l.*2. *ff. h. t.* At quale hoc genus reverentiæ, erunt qui dicent, parentem furoris & dementiæ, qui sanus & integer fuit, insimulare? Atqui mollius est, infortunii patrem, quam impietatis arguere & *ἀστοργίας*. Dicere, quod casu aut vi morbi mente alienatus fuerit, quam quod naturalem erga prolem exuerit affectum. Filii quidem erga Patrem minor quam patris erga hunc naturalis obligationis est necessitas, gratitudo tamen & reverentia major est filii erga Patrem. Hinc Paulus, legem naturæ liberis parentum hereditatem addicere, id est, mancipare & facere propriam ait. *l.*7.*ff de bonis damnat.* Parentes ad bona liberorum admitti dicuntur ratione miserationis, *l.*7.§.*ult.ff. si tab. test. null. ext.* Natura quidem non monstrat bona sursum deferenda esse, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus, quam liberis pie relinqui debent, ait Papinianus, in cujus epitaphio Parentes heu! Superstites hæc ipsa verba, *turbato tamen ordine mortalitatis* collocarunt in *l.* 15. *pr.ff.h.t.* (d) Post liberos igitur, datur querela Parentibus exheredatis, aut, quod idem, silentio præteritis, *l.*1. & *l.* 14. *ff. h. t.* nisi bona sint vere vel quasi-castrensia, *l. ult. C. h. t.* quanquam per *Nov.* 115. *c.* 4. *in pr.* nullum filii testamentum querelæ paternæ eximitur, nisi privilegio vere militari *l.*27. §.2. *ff. h.t.* Cui per generalem constitutionem *d. N.* 115. minime derogatum videtur. Scholiastes noster, præteritis Parentibus testamentum non rescindi per Querelam, sed ipso jure nullum esse contendit. Quod iisdem rationibus, quas habuimus ad *fin. tit. de exhered. lib.* facile refellendum committimus.

4. (e) Post parentes proximi sanguine & necessitudine sunt fratres ac sorores, ultra quos propinquitatis ratio tam efficax non est, ut testamentum sine illorum honore factum Lex rescindendum putet, sed eos consultius facturos monet Ulpianus in *l.*1 *ff.h.t.* si se sumptibus inanibus non vexent. At nec quidem cuncti fratres sororesque vocantur, sed uterini excluduntur, *l.* 27. *C. h. t.* cui legis articulo derogatum plerique per *Nov.* 118. *c.* 4. arbitrantur; aliis obloquentibus, qui sic ajunt: In *d. Nov.* 118. *c.* 4. tollitur differentia inter eos qui per masculinam & qui per femininam junguntur lineam, quod ad successiones ab intestato: Verum ab hac ad querelam minime argumentari licet, cum plerumque, ubi intestati successio obtinet, nullus querelæ sit locus, præterquam tribus in gradibus. Denique nihil necesse erit, ut jus querelæ ordinari dicamus ad simplicem ex testamento vel intestati successionem: effectus quidem querelæ est successio ab intestato, ipsa querela non est ejus generis nec ejusdem naturæ. Hereditas non obtinetur vi successionis ab intestato, sed vi sententiæ super inofficioso latæ. Has rationes antehac secutum me fateor. Sed enixam Justiniani voluntatem consideranti, *οὐδεμίαν εἶναι διαφορὰν ἐν οἷα δήποτε διαδοχῇ ἢ κληρονομίᾳ*, *ut nullam sit differentia in quacunque successione vel hereditate inter agnatos & cognatos*, quam penitus vult *ἀργεῖν*, *cessare*, non nominari, haud videtur mihi dubitandum, quin æqualitatem naturæ per omnia servari velit; idque solidius juridicum sit, etsi rationes illæ videantur esse dialecticæ; Sed agi hic de aliqua successione, non potest negari; ta-

(c) *Pos.* 6. (d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 8.

Digitized by Google

tamen Scholiastes noster in prio. sententia me persistere vellet. (1) Neque vero fratres & sorores simpliciter & propter se vocantur, verum ita, si turpes personæ ipsis prælatæ & heredes institutæ sint; *si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis vel levis notæ macula adspergantur*, ait Imp. *in d. l.* 27. Per infamiam recte intelliges eam, quæ legibus infligitur; per turpitudinem, eam quæ opinione gravium virorum; proinde per *levem notæ maculam* omnia significari videntur, quæ aliquem paulo deterioris existimationis in civitate faciant; mentem plane Imperatoris apparet hanc esse; fraternam conjunctionem non esse adeo decretoriam, ut institutione heredis præcise honoranda sit: tamen esse tam prægnantem, ut si minima ad eam testatoris contumelia accedat, in tantum se excitet ac corroboretur, ut vim peremptoriam induat, ac institutionem indecoram evertat. Quæritur hoc loco, an si Spurius heres sit institutus, fratri querela competat? Quidam ita censent, tam constantem populorum de spuriis in sinistram partem existimationem esse, ut negari nequeat, quin levis notæ macula adspersi videantur: Ubique enim opprobrii loco haberi, spurium vocari; Jure divino & canonico sacerdotiis arcentur, ac difficulter hodie ad honores admitti solent. Profertur quidem pro illis; quod spurii in ordinem decurionum allegi possint, ideoque infames non sint. *l. 6. pr. & l. 3. §. 2. ff. de decur.* Sed infamiam nemo iis imputat; Levis notæ macula sufficit, quæ vel ex ipso hoc loco probatur; nam in *d. l.* 3. §. 2. habetur, legitime natos spuriis præferri, nec hos nisi illorum defectu in ordinem allegi. Unde hoc, ajunt, nisi ex aliqua levis notæ macula? Sic olim nos etiam. Tamen *posit.* 8. deinceps ita scripsimus, *Levis notæ maculam ad mores magis, quam ad natales pertinere*: quod Scholium quoque non reliquit absque nota. Res est, de qua in utramque partem ambigere possis. Mihi nunc ita potius videtur: gravitati Artis convenire, Spurios qui nihil admiserunt non esse male habendos, nisi quatenus lex id exprimendum putavit: Quod cum heic factum non sit, nostri arbitrii id facere æquum esse non putavi (2).

5. (f) Quando igitur testator filium, parentem, fratrem præteriit; palam est, primum querelæ locum dari Filio, idque intra quinquennium, quo huic remedio præscribitur. *l. 8. §. ult. ff. h. t.* Ante quinquennium si querelam non præparaverit, id est litem non moverit, filius ejus, nepos testatoris, queri non potest, quia non aliter quam præparata querela transmittitur ad heredem. *l. 6. §. 2. & l. 7. ff. h. t.* Utique jure Pandect. Nam in *l. 34. C. h. t.* legimus, jure veteri *omne* quidem *adjutorium dereliquisse nepotem*, sed ex ea constitutione id hactenus mutatur, ut si filius exheredatus interea, dum heres scriptus deliberat, sit mortuus, nepos ex eo ad querelam admittatur; unde non sequitur, ut plerique tradunt, quod hodie querela simpliciter a filio testatoris in nepotem transferatur intra quinquennium, sed id tantum, quod modo expressum est. Proinde, si filium post aditam a scripto hereditatem, nulla præparatione facta, (saltem denuntiando vel comminando accusationem, quod sufficit, *d. l. 7.*) mori contigerit, non videtur habere nepos jus conquerendi; prout etiam non, si filius juste sit exheredatus; quamvis enim nihil nepoti imputari queat, tamen ipse nihil juris habere potest, ubi pater, per quem & a quo id habere debuit, nihil ipse habuit, ut recte decisum apud Sandium, *l. 4. tit. 9. def. 7.* juxta Pauli responsum in *l. 9. §. 2. ff. de lib. & posth. l. 6. pr. ff. de injust. rupt. test. l. 7. in fin ff. si tab. test. null. ext. l. 4. §. 1. ff. de bon. poss. c. tab. l. 34. C. de Inoff. test.* Non transit igitur querela ad heredem ejus cui primo defertur; sed ad sequentem gradum cui lex tribuit querelam datur omnino transitus, si priores agere nolint aut nequeant aut merito repulsi sint. *l. pen. in pr. ff. h. t.* Filio nimirum cessante queri, parens admittitur, & parente etiam cessante, fratres & sorores, qui alioqui primis agentibus excluduntur. *d. l. pen. & l.* 14.

6. (g) Non semper autem illis tribus personarum ordinibus querela cum effectu indulgeri. Varii sunt casus, quibus cessat Querela, quos memoriæ causa redigimus ad quatuor ordines; respectu Actoris, Testatoris, Temporis, & Causæ. Primo enim, respectu Actoris; quia durum est hoc remedium, (unde in filiis non nisi sub velo fictæ insaniæ toleratur) placuit non aliter id competere, (h) quam si unicum, adeoque necessarium sit, ut nullum aliud exi-

(f) *Pos.* 26. 27. 28. 29. (g) *Pos.* 9. (h) *Pos.* 10.

(1) *Priorem quoque Auctoris sententiam probabiliorem puto, non enim adparet quod Justinianus fratres uterinos ad querelam admiserit, neque a successione ab intestato ad querelam argumentari licet.*

(2) De levis notæ macula, *extat singularis differtatio Viri Cl. Jo. Gott. Heineccii syll. 1. opusc. exercit. 7. in qua demonstravit spurios non intelligi in* l. 27. C. h. t.

existat, per quod ad bona vel omnia vel partem eorum, perveniri posset. Hinc liberis arrogatis impuberibus querela nusquam datur; quia datum est illis aliud beneficium, quo lex injuriam temerariæ exheredationis ab iis amovit; possunt enim quartam petere ex constitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *ff. h. t.* de qua diximus *ad* §. 3. *supra de Adopt.* Posthumi etiam inquit Imp. in *fine* §. 2. *h.* habent hanc ἐσχάτην βοήθειαν, *hoc ultimum adjutorium*, ut est in *l. ult. C. de lib. præt. si nullo alio jure venire possunt*: nam præteriti, ut notum est pridem, rumpunt testamentum agnascendo; sed exheredatis non potest aliud convenire quam querelæ beneficium, *l.* 6. *h. t.* quia nusquam testamentum, in quo posthumus exheredatur, nullum esse dicitur; adeoque non possunt aliud habere quam remedium Querelæ.

SCHOLIUM.

Imo hodie habent, quia testamentum dicunt nullum. arg. Nov. 115. *c.* 3.

RESPONSIO.

Incidunt hæc in eandem spongiam, quæ explicita est in fin. tit. de Exhered. lib.

N. ADDIT.

Imo potius spongia hac uti debuisset Autor intuitu propriæ opinionis, per tradita in nov. addit. supra de exhered. lib.

7. (i) II. Deficit Querela, si exheredatus agnoverit testamentum & adquieverit post mortem testatoris; nam renunciatio hereditatis, vivo testatore facta, non excludit querelam. (α) *l.* 35. §. *C. h. t. l.* 94. *de adquir. vel omitt. hered.* nisi quod pater in ipso exheredandi vel prætereundi actu consentiens, (β) sibi præjudicet, *arg. l.* 29. *C. de pact.* (γ) non æque filius, quia præteritio ipsius est nullitas, (δ) non patris. (ε) Sande 4. 2. 4.

SCHOLIUM.

(α) *Quia pacta de hereditate omnia Jure civili sunt prohibita, secus moribus nostris.** Vid. Struv. Ex 6. th. 44. conf. Sand. d. l. *Ergo hodie valebit hæc renunciatio.*

RESPONSIO.

Justinianus Papinianum secutus, aliam reddit rationem, quare liberi, vivo patre querelæ renunciantes, nihilominus eam, patre mortuo, movere possint, scil. meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos, d. l. 35. §. 1. C. h. t. *non potest pro libero consensu haberi quem Pater eo modo elicit aut extorquet. Quæ ratio, cur moribus hodiernis non obtineat, nihil causæ video; præter quod apud nos pacta de hereditate viventium, nihilo magis quam Jus civile permittat, admittuntur.*

N. ADDIT.

Sed hæc Justiniani ratio specialis, non negat illam rationem generalem quam dedi in Scholio, & quam Autor in ipsa hac responsione quoad jus civile concedit. Per mores hodiernos non respexi ad mores in patria Autoris, sed ad mores communis Germaniæ nostræ, ex antiquissimis temporibus deductos, cum Germani semper per pacta disposuerint de futuris hereditatibus, donec ante pauca secula insuper successionem testamentariam ex Jure Canonico & Justinianeo reciperent.

SCHOLIUM.

(β) *Scil. exheredationi & præteritioni suæ in testamento filii.*

RESPONSIO.

Fiat ita, ut hæc explicationis ergo addantur, etiam velim quod de renunciatione, vivo Testatore, *dixi, de patre solo intelligi.*

N. ADDIT.

At vero non adjeci hæc verba explicationis, sed restrictionis ergo; aliud enim est consentire præsentem exheredationi & præteritioni, aliud pacto renunciare hereditati.

SCHOLIUM.

(γ) *Quod argumentum ex hoc textu Autor formare velit, non video. Potius videtur dicendum esse: Jure civili nec hoc pactum valere; valere tamen de moribus ob modo dicta.*

RESPONSIO.

Argumentum est, quemlibet juri atque favori suo renunciare posse quando Lex non obstat; sed fuit error in numero editione priori, qui Scholium præstrinxit. De moribus quod ait, ei responsum est.

N. ADDIT.

Quia igitur loco l. 29. de pact. *impressa erat* l. 15. ejusd. tit. *jure de sensu argumenti dubitabam. De moribus quod addit, jam exceptum est.*

SCHOLIUM.

(δ) *Sed solum in ipsius favorem, cui adeo renunciare poterit.*

RESPONSIO.

Aliter apud Sandium d. loco *Interpretes laudati*, quod intrinsecus ipsa solennitas ac forma testamenti sit, ut filiusfam. heres instituatur vel exheredetur; quæ solennitas, ut ad jus publicum spectans, non magis a filio possit remitti, quam

(i) *Pos.* 11. 12. & 13.

* Jure tamen El. Saxon. etiam vivo testatore facta agnitio ultimæ voluntatis, querelam inofficiosi testamenti excludit, P. 3. C. El. 10. ibique Carpz. d. 1. seq. Richter. Dec. 40. n. 11.

Digitized by Google

quam ut is faciat testamentum valere coram quinque testibus factum. *Accedit quod renunciatio filii, vivo patre facta, non videatur esse libera. ut Justinianum audivimus; idque validius est.*

N. ADDIT.

Antecedentia ostendunt, quod Scholium meum intellectum velim de moribus nostris, non de jure Romano, quia dixi, hoc jure omnia pacta de hereditate esse prohibita. Igitur quæ respondet Autor, cum loquantur de Jure Justinianeo, Scholium non feriunt.

SCHOLIUM.

(e) Imo & patris præteritio alias nullum facit testamentum, propter Nov. 115. c. 4.

RESPONSIO.

Hoc est γενικὸν ψεῦδος, refutatum ex his, quæ diximus ad tit. de exhered. lib. sub fin. *nec usquam id scriptum aut jus vetus hac parte mutatum est.*

N. ADDIT.

At vero id scriptum & jus vetus mutatum esse, docuimus supra ad eund. tit.

Etiam tacita approbatio testamenti excludit querelam, si exheredatus agnoverit legatum in eodem testamento sibi relictum. *l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1. & *l.* 12. §. *ult. ff. h. t.* Quod tamen incommodum non patitur Tutor qui ipse exheredatus accepit legatum pupillo suo relictum, §. 4 *h. t.* sicut idem non perdit legatum, si querela nomine pupilli sui mota, succubuerit; §. 5. *h. t.* quod perderet, si nomine proprio questus esset, *l.* 8. §. 14. *ff. h. t.* officium ne sit ei damnosum.

8. (k) Tertius casus, quo cesset Querela, est, si testator legitimam iis, qui de inofficioso agere volunt, reliquerit. Etenim Lex certam definivit portionem hereditatis, quam parentes, ceu minimum, liberis relinquere cogantur & in qua liberos adquiescere oportet, modo institutionis titulo relinquatur, quod Justinianus sanxit in *Nov.* 115. *c.* 3. *in pr.* cum olim quovis titulo relinqui potuerit, §. 3. & §. *ult. h. t.* quod adhuc reperitur in *Nov.* 18. *c.* 1. & in *Auth. Novissima. C. de Inoff. testam.* Qua lege autem apud Romanos id primum sit introductum, non pudeat nos ignorare, cum nusquam sit proditum. Sufficit legibus receptam & approbatam ejusmodi portionem, ac inde nomen adeptam *Legitimæ*, tam jure veteri *l.* 19. *ff. de bon. libert.* quam novo, *inscript. Nov.* 18. vocabulo *adjectionis* in significationem substantivam deflexo.

9. Potest Legitima definiri, *portio hereditatis, quam lex iis, qui ex officio pietatis non possunt excludi, necessario relinqui præcipit.* Est portio *hereditatis*; quod si dicere quis malit, *bonorum*, parvi refert, modo non negetur recte etiam *hereditatis* dici. Nam si *bonorum* ideo malis, quia legitima deductionem æris alieni patitur *l.* 8. §. 9. *ff. h. t.* & sic bona sumuntur *l.* 39. §. 1. *ff. de V. S.* id nihil impedit quominus & pars hereditatis vocetur, quoniam quæstio inter heredes de parte deducenda nullo modo, nisi dimissis creditoribus, locum habere potest. Vocatur quarta portionis ab intestato. *l.* 8. §. 6. *ff. h. t. l.* 31. *C. eod.* Hæc autem necessario est hereditatis. *l.* 1. *ff. de hered. pet.* Quin cum hodie titulo institutionis relinquenda sit, ut mox latius, partem utique hereditatis oportet esse: ex testamento an ab intestato intelligas, nihil refert. Sed nec impedit, quominus portio hereditatis vocetur; utrumvis eligas, ut vel portionem eam esse totius hereditatis vel portionis ab intestato: utroque enim sensu verum est, quod legitima sit portio hereditatis. (3) Et quidem, si de legitima cunctis pariter heredibus assignanda quæritur, nihil interesse potest utrum hereditatis totius, an portionis ab intestato partem eam esse dicas: at in singulis heredibus non potest esse dubium, quin portio portionis intestati intelligenda sit. Nam si tunc universæ hereditatis diceres, eveniret, ut legitima sæpe major esset, quam filius omnino ex bonis paternis sperare potuisset. Si enim sex ponas liberos, plus sextante singulis obtingere non poterat; legitima vero ex illa interpretatione foret *semis*, qua re nihil absurdius. At tamen alii casus dantur, in quibus equidem plus dubii invenitur. Præterea ex eo, quod legitima *hereditatis* portio est, sequitur, Patrem vivum a liberis nullo modo ad legitimam sibi præstandam posse compelli, quia viventis nulla est hereditas, *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend.* & ejus quod plane non est, nec pars ulla neque effectus est; accedit textus *in l.* 1. §. 21. *de Collat.* ubi expresse negatur Quartæ petitio nasci dum pater vivit. Argumenta quæ Fachi-

(k) *Pos.* 14. & *seq.*

(3) Pellius cum Vortio ad ff. h. t. n. 41. dicetur legitimam esse partem bonorum, ne filius qui Legitima contentus esse voluit, teneatur creditoribus ultra id quod accepit. Nec quidquam facit quod legitima debeat relinqui titulo institutionis, hoc enim in favorem liberorum statuit Imp. adeoque contra ipsorum commodum produci non potest. l. 25. de legib. Filius itaque in parte institutus, electionem habebit utrum legitimam ut talem, id est ut bonorum partem accipere velit, quo casu similis erit heredi ex re certa instituto qui coheredem habet, an vero partem illam ut partem hereditatis habere malit, & hoc casu negari nequit quia sit habiturus partem hereditatis.

Digitized by Google

Fachinæus *l.* 12. *c.* 19. habet in contrarium, minime difficilis sunt expeditionis. Id tamen non gravate concedendum; Patrem bona prodige dissipantem, mature a liberis conveniri posse, ut sibi in futurum quoque de alimentis prospiciat, Est & in promptu remedium interdictionis bonorum, si parentes nequitia & luxuria desperatæ emendationis sint. Interea tenendum, dari casum, quo Parentes vivi liberis exsolvere legitimam debent, quando monasterium ingrediuntur. *Auth. nunc. autem. C. de episc. Nov.* 5. *c.* 5. *Auth. ingressi* . *& Auth. si qua mulier. C. de SS. Eccl.* Item quod donationes, quibus parentum facultates adeo exhauriuntur, ut legitima liberis salva non remaneat, vivis etiamnum parentibus, tanquam inofficiosæ rescindi possint. *l.* 5. *C. de inoff. donat.* (4) Postremo cum legitima sit portio *hereditatis*, sequitur, filium non posse legitimam agnoscere & repudiare cætera hereditatis, quia nemo hereditatem pro parte eam scindendo adire, nemo quasdam partes agnoscere, quasdam repudiare potest, ut Paulus & Ulpianus docent in *l.*1. *&* 2. *ff. de Adquir. vel omitt. hered.* nihil obstante *l.* 8. §. 15. *h. t.*

10. Sequitur in definitione; quod *Lex* eam relinqui præcipiat; nempe juris civilis est Legitima, sed mixti; fundamentum & principium habens in jure naturæ & gentium, determinationem formamque & effectum specialem ex jure civili. Hinc aliud quæsitum pendet, utrum legitima per leges novas minui atque aboleri possit. * Ponendum enim est, immotam esse legitimam, quatenus in morali necessitate vertitur, extra eam mutabilem; ac necessitatem consistere in obligatione parentis ad alimenta; ex quo intelligimus, diminutionem recte legibus decerni, quia assignatio alimentorum non consistit in puncto, sed arctari aut relaxari diversimode potest; & cum olim jure Romano angustior determinatio, quam nunc est, fuerit, nihil impedit, quominus præsens laxitas ad primam arctitudinem redigatur. Abolitionem quod attinet, ea quoad liberos, in universum nulla lege stabiliri potest, quia quisque inevitabili necessitate naturæ curare debet, uti, quos efficit in mundo ut essent, iidem in mundo subsistere queant, qui dedit vitam, debet dare victum; quanquam si liberi semet alendis sufficiant, illa necessitas cessat; enim vero tamen lex in universum loquens indistincte valere debet, nec ejusmodi varietatibus sanctionem accomodare potest. In Parentibus quoque & in Fratribus, ut supra ostendimus, non tam necessitatis quam miserationis & gratitudinis ratio militat; quæ cum ad Justitiam adtributricem pertineat, aliter se habere potest, & proinde in hisce legitima tolli posse videtur. Moribus nostratium, si modus succedendi ab intestato pactis antenuptialibus præscriptus testamento non sit mutatus, parentibus ex bonis liberorum non debebitur portio legitima, ut observat Voetius *ad* §. 1. *h. t. n.* 5. quod cum ex aliis, tum ex Sandio probat *l.* 4. *tit.* 2. *def.* 4. ubi tamen longe alia species tractatur. Equidem si parentes pactis antenuptialibus consenserint, pariterque legitimæ renuntiarint, statuendum videtur, legitimæ illis non dari petitionem, per ea quæ Sandius disputat.

11. Sed quantum est, quod pro legitima lex olim hodieque determinavit? Veteribus quadrans, sive quartas pars ejus quod ab intestato ad liberos perventurum erat, sufficere visa. *l.* 8. §. 6. *&* 9. *ff. h. t l.* 31. *C. eod. & l.* 2. *C. de inoff. donat.* Iustinianus inprimis humanus legislator, addidit προσθήκην οὐκ ἀγεννῆ, *non ignobile incrementum*, ut loquitur *pr. Nov.* 92. Constituit enim, ut, si liberi quatuor vel pauciores sint, eorum legitima Triens sive tertia pars, si quinque vel plures, semis, id est pars dimidia sit, in *Nov.* 18. *c.* 1. non obscura ratione, quod quo major est numerus, portio decerpta alimentis minus sufficere soleat. In præfatione veteres duritiæ insimulat Imperator, quod tam parce liberos bene moratos honoraverint; & ipsius constitutionis verba atque distinctionem, liberis, ut apparet, accomodaverit; claudit tamen illud caput his verbis; *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab antiquo quar-*

(4) *Verum quidem in* l. 5. C. *de inoff. donat. rescindi donationem usque ad legitimam, sed rescissio, quæ illic specialiter ab Impp. concessa fuit, comparari nequit rescissioni quæ fit per querelam inofficiosæ donationis: cum per illam vivis adhuc parentibus donatio rescindatur, & quidem ipsis donatoribus non liberis eorum facultas competat, ut ad legitimam usque eam revocare possint; per hanc vero, rescinditur donatio post mortem donatoris tantum, ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti, ita ut verius sit hoc casu totam donationem everti* l. ult. C. de inoff donat. l. 87. §. 3. ff. de legat. 2.

* *P.* 3. *C. Fl.* 12. §. *f.* statuta, quæ Parentum legitimam plane tollunt, improbat, ac declarat invalida, cujus Constitutionis ratio ad liberorum legitimam multo magis pertinet. Interim Statuta legitimam minuentia attendi jubet & secundum ea pronuntiari §. *desgelijcken mede.* Imo ipsa Constitutio *Fl. Noviss.* 2. §. *als ordnen* , §. *iedoch* , in casu , quo allodium in feudum conversum fuit, liberorum legitimam minuit, & duobus vel tribus quadrantem, pluribus trientem relinquit. v. Carpzov. *ad d. C. Sl.* 12. *def.* 5. 14. *P.* 3. *C. El.* 8. *D.* 10. Berlich. *P.* 3. *Concl.* 12. *n.* 53. Muller. *Semest. L.* 3. *c.* 5. *j.* Carpzov. *L.* 6. *Resp.* 44.

Digitized by Google

tæ ratio de inofficioso lege decreta est. Unde communiter Dd. augmentum legitimæ ex quadrante in Trientem, æque in parentibus, * imo & fratribus, si turpis persona sit scripta, quam in liberis habere locum statuunt: Nec ego quid liquidius, quid clarius ex ullis legum verbis colligi possit, video; si quidem indubitate illis personis *olim quarta inofficiosi ratione* decreta fuit; in omnibus autem illis personis idem augmentum esse observandum, sancit Imperator, nec ratio refragatur, quoniam pietas, qua liberi parentibus tenentur, non est minoris apud juris auctores, quam necessitas parentum erga liberos. *l.* 15. *princ. ff. h. t.* Concedo inscriptionem præfationemque liberis convenire, quia de his præcipue Justinianus tota hac *Novella* agere decreverat; sed an hoc impediet, quo minus id, quod de liberis statuit, clara distinctaque clausula ad alios etiam extra liberos ejusdem sanctionis participes extendat? Quid civilius, quid usitatius in quovis genere scribendi? Plane geminum vide in *l.* 35. §. *ult C. de inoff.* Prorsus nihil improbabilius a Vinnio *hic* aliisque memini disputatum. Cæterum, in numerandis liberis & ratione trientis aut semissis ineunda, non computantur liberi, Parentes aut fratres, qui jure sunt exheredati vel præteriti, ut communiter tenent, ac probant ex *l.* 1. §. 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib. ej.* juncta *l.* 9. §. 2. *ff de liber. & post.* quæ res ut magni usus, ita diligentiorem requirit explicationem, quam Pandectis loco parallelo reservamus.

12. Præterea certum est, Testatorem nullum gravamen huic legis beneficio, qualecunque fuerit, posse imponere: non legatum, non fideicommissum vel conditionem. *l.* 30. *l.* 32 & *l.* 36 *C. h. t.* Nisi quod arbitrariam, sive potestativam conditionem aliqui excipiunt, quod verum, nisi gravamen aliquod aut moram saltem injiciat. *dd. ll.* Imo, forte an plane admittenda non videtur, ne quidem talis *si frugi sit*: legitima non debet non omnimodo præstari, nec implemento conditionis adventitiæ, quamquam justissimæ, suspendi posse videtur: est enim juris naturalis immutabilis, in liberis, extra causas exheredationis. *Nov.* 115. *c.* 3. prohibito gravamini legitimæ consentaneum est, eam non posse relinqui in fructibus aut in nuda proprietate; debet enim præstari *e rebus substantiæ Paternæ*; *l.* 36. *fin. pr. C. h. t.* nec ideo valet institutio liberorum in nuda proprietate & uxoris aut alterius personæ in usufructu generali. *Sed liberi modis omnibus legitimæ partis & usumfructum & proprietatem* habere debent, ut sancitum est in *N.* 18. *c* 3. ubi cum diserte agatur de casu, quo liberi simpliciter heredes instituti sunt, dicendum videtur, liberos hoc casu proprietatem universam & usumfructum legitimæ insuper habituros, etsi tum sane plus in summa, quam est in legitima, consequantur, qua de re vide diversum sentientes Auctores apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 1. Sed Curia recte censuit ita ut modo diximus, non habita ratione distinctionis quam Sandius suggerit, utrum liberi aliunde habeant unde vivant, an secus. Nam etsi Justinianus in *d. N.* 18. *c.* 3 reprehendens dispositionem Patris liberos ex sola proprietate scribentis heredes, loquatur de *liberis interim fame forte perituris*, constitutio tamen est generalis, neque ex usu Juris est, leges figere atque refigere, pro diversitate circumstantiarum. Ex iisdem verbis, quod legitima *e substantia bonorum* præstanda sit, recte colligitur, filium, cui legitima solvenda, non posse præcludi a bonis immobilibus, nec etiam sola immobilia cogi accipere, sed de omnibus aliquid capere posse, modo tamen jure dici queat, aliquid in alterutro esse gravaminis; Nec si assignatur in pecunia, neque de æstimatione bonorum causa querendi sit, statim videtur esse *gravamen*. Quod si tale gravamen, quo substantia legitimæ diminuitur, sit adjectum, non datur hodie Querela, sed condictio ad supplementum legitimæ; quod etiam obtinebit, si legitima in solo usufructu vel nuda proprietate sit relicta. *d. l.* 30. *C. h. t.* Sand. *d. l.* 4. *tit.* 7. *def.* 2.

13. (l) Sequuntur casus, quibus cessat Querela respectu Testatoris, quorum primus est, si *miles* sit, & quatenus habet privilegium testandi jure militari, non ulterius *l.* 5. §. 3. & 4. *h. t.* Sed *in l. ulc.* §. 1. *C. h. t.* non modo militibus in concreto, ut ita loquar, & ubique, sed etiam iis, qui habent peculium quasicastrense, non solum testamenti factio, sed etiam Querelæ exemptio concessa fuit; quæ res Justiniano secundis curis displicuisse videtur, *Nov.* 115. *c.* 4. *in pr.* ubi constituit, libero-

(l) *Pos.* 24. & 25.

* In Saxonia idem obtinere, satis apparet ex *P.* 2. *C.* 12. ubi legitima Parentum Triens appellatur, ex qua inferunt, legitimam Ascendentium in Saxonia semper esse trientem, nunquam semissem, cum vix possibile sit, plures, quam quatuor Parentes eandem simul postulare, & Collaterales cum Ascendentibus haud concurrant, *P.* 3. *C. El.* 12. vid. omnino Berlich. *p.* 3. *Concl.* 12. *n.* 41. *seqq.*

liberorum testamenta Querelæ parentum esse subjecta, si justas ob causas non sint exheredati, *quatenus habent testandi licentiam*: Aliter enim non sunt termini habiles hujus constitutionis; neque tamen privilegium militare generalibus his verbis abrogasse Justinianum, sed jus antiquum hac parte retentum esse, videtur statuendum ex *d. l.* 8. §. 3. *&* 4. Alter casus respectu Testatoris est, *si bona mente* filium exheredet, non ut illi obsit, sed ut ei consulat, *l.* 18. *de lib. & post. hered. l.* 12. §. 2. *de bon. libert. l.* 47. *in pr. eod.* Casum habet Tryphoninus in *l.* 16. §. 2. *de Curat. fur. Potuit Pater*, ait, *& alias providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse & exheredasset filium*, scilicet prodigum, *eique quod sufficeret, alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui*. Nec iis legibus derogatum est per *Nov.* 115. quæ manifesto loquitur de exheredatione noxia ab iratis Parentibus facta. Necesse tamen videtur, addi causam & necessitatem judicii Testatoris, ut Tryphoninus monet. Nam alioqui præsumetur, sicut est, nocendi & excludendi animo facta exheredatio; quemadmodum de injuria dicimus, eam non præsumi animo jocandi vel bona mente, nisi probetur, esse illatam. Proinde minus tutum videtur, quod Sandius scribit *d. lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 8. *ex conjecturis colligi posse, exheredationem factam esse bona mente*: magis est, ut verbis expressis opus sit, nisi forte valde prægnantes & manifestæ in oculis sint conjecturæ. Cæterum, quod de Exheredatione bona mente facta legibus approbatum est, id sine dubio de gravamine legitimæ, quo liberis consulatur, adjecto intelligendum est. Porro, datur & tertius casus, quo respectu Testatoris Querela cesset; quando Pater filio impuberi fecit testamentum eique dedit substitutum pupillarem: Tunc enim mater, etsi ne legitimam quidem habeat, Querela tamen uti non potest; qua, si filius ipse testatus esset, uti potuisset; adversus mariti ejusdemque Patris pupilli judicium lex ei non dat querendi remedium. *l.* 8 §. 5. *h. t.*

14. (m) Ratione temporis amittitur Querela, I. Si quinquennium sit elapsum, nam hoc spatio querelæ præscribitur, *l.* 8. §. *ult. h. t. & l.* 34. *in fin. C. eod.* condictioni ad supplementum idem tempus non præscribitur, ideoque illa durare videtur annos 30. per *l.* 3. *C. de præsc* 30. *vel* 40. *an.*

Breviori etiam tempore perit Querela, si is, cui dabatur, mortuus sit antequam præparaverat actionem sive Querelam actu aliquo judiciali, denunciatione saltem vel protestatione, *l.* 6. §. 2. *& l.* 7. *h. t.* Solus filiusfam. transmittit querelam ad heredem suum, si mortuus sit, dum heres scriptus deliberabat, *l.* 34. *C. h. t.* quam plerique, sed male, indistincte accipiunt, etiam Sandius 4. 9. 7.

(m) *Pos.* 26. *& seqq.*

SCHOLIUM.

Quasi scilicet valeat non tantum in filio, sed & in aliis, quibus querela competit, ante aditam hereditatem mortuis, transmittaturque non tantum ad suos, sed etiam ad extraneos, vid. Struv. X. 29. *vel etiam quasi semper filius transmittat suis, sive ante hereditatis aditionem sit mortuus, sive post eam. Quod videtur in mente habuisse Autor Sandium notans.*

RESPONSIO.

Nescio, an recte mentem positionis nostræ perceperit Scholiastes; non in hoc consistit, quod putabam, Sandium & alios imprudenter illud indistincte *accepisse, quasi etiam ad extraneos heredes transmittendi jus sine præparatione extenderetur; sed hoc volebam, illos* d. legem 34. *de suis heredibus* indistincte *accepisse; cum tantum loquatur de casu, quo suus heres decessit,* dum scriptus heres deliberabat, *ut etiam recte observavit Perezius ad* h. t. n. 13. *idque textus ipsius Lectio demonstrat & in positione satis declaratum est.*

N. ADDIT.

Potuisset omnem ambiguitatem evitare Autor, si in positione duobus verbis additis mentem suam proposuisset clarius. Hoc non facto, licebat sub locutione generali suspicari, quod etiam ad eorum sententiam respexerit, de qua citatus est in scholio Struvius. Neque tamen genuinam Autoris mentem omisi in scholio. Nam qui dicit, quod textus tantum loquatur de casu quo suus heres decessit, dum scriptus heres deliberabat, & reliquos notat, qui indistincte legem accipiunt, is utique eos intelligit vi oppositionis, qui docent, quasi filius semper transmittat suis, sive ante hereditatis aditionem (*scil. heredis scripti & dum hic deliberat*) *sit mortuus, sive post eam, ut dixi in scholio. Igitur hæc, quæ omnino plana sunt, forte ideo dissimulavit Autor & maluit mihi imputare, quasi ipsius mentem non intellexerim, ut posset omittere scholium meum statim sequens, in quo ipsi ostenderam, quod non intellexerit mentem Sandii, quod adeo nunc appono. Dum enim Sandium etiam illis accenset, qui ita indistincte & male textum accipiunt, adjeceram: Dubito tamen. Sandium ab Autore diversum sentire, quod facile patet intuenti ejus verba*

Digitized by Google

verba: **Querelam, inquit**, inofficiosi testamenti filius exheredatus ad suam posteritatem transmittit *indistincte*, hoc est, sive præparata sit, sive non sit. *Et hæc etiam est mens Autoris, quod ratione præparationis non sit distinguendum. Ita tum scripseram: Nunc in responsione præsente confirmatur hæc mea assertio in verbis*: Sine præparatione *&c. quæ alias ad scholium prius nihil faciunt. Ergo expungendus utique fuisset Sandius in textu prælectionum, nec amplius illis, qui male textum accipiunt, fuisset jungendus.*

15.(n) Sequebantur casus quibus cessat Querela ratione causarum; quanquam propter has Querela non tam cessat; datur enim tum maxime, quam effectu caret. Verum de causis illis copiose diximus ad *tit. de exheredatione liberorum*, quæ heic repeti nihil attinet, nec etiam versiculos memoriales, quibus causæ tam filiales quam paternæ & fraternæ includuntur, utiles ad ediscendum tyronibus, sed ex positionibus notæ sunt ac inde facile repetentur, ut sunt a nobis ab antiqua memoria emendati. Tantum, quia Scholiastes noster hic aliquid movit, placet positiones, quibus scholia subjecit, adjicere.

Ex his, inquam, causis una testamento nominatim inserenda; si tamen omissa sit, adhuc testamentum subverti, rescindi debet, *d.cap.*3. §. 12. *in fin. & passim*, quod aliter quam per querelam fieri non potest.

S c h o l i u m.

Imo vero potest etiam fieri per remedium nullitatis, arg. t.1. ff. de sent. quæ sine appell. rescind. l.2. C. de Act. empt. *item* §. 5. Inst. quib. mod. test. infirmantur. *Et notum est, Autores legum Codicis non ita accurate proprietati verborum studuisse, ut JCtos veteres*. Conf. Struv. resolut. p. 182.

R e s p o n s i o.

Nimis sæpe repetitur hæc objectio, cui abunde, ni fallor, satisfecimus ad tit. d. tit. de Exhered. lib. *Si verba* Nov. 115. c. 3. *non satis valida sint ad excludendam nullitatis Querelam; multo minus certe aut illinc, aut e tota Juris analogia profertur, quamobrem nullitatem in casu exheredationis expressæ, causa non expressa, admittere oporteat.*

N. A d d i t.

Etiam hæc responsio superius in Nov. addit. ad tit. de Exhered. liberor. *examinata est, ubi ostendimus, indicium non optime causæ esse, quod Autor plane nihil responderat ad observationem scholii, nisi verba indignantia.*

(n) *Pos.* 30. *& seqq.*

Quod sequitur, **etsi jam superius collocatum**, quia tamen a Scholiaste nonnulla moventur, repetitio non erit otiosa.

Causæ graviores vel similes ejusdem generis videntur admittendæ, non quæ sunt diversi generis ab enumeratis. *Ex.gr.* Qui se operis scenicis aggregat, exheredari potest, homicida non potest; contra, hæreticus exheredatur, nonne & blasphemus? Qui novercam vitiat, potest, nonne & ea, quæ se vitrico substernit? Procul dubio.

S c h o l i u m.

Malim simpliciter dicere, causas similes vel graviores etiam, nunquam admittendas. Conf. not. ad Strauch. IX. 39. p. 115. *&c.*

R e s p o n s i o.

Etiam de hac Quæstione diximus ad præd. tit. de Exhered. lib. *Quod blasphemiam non patitur ejusdem generis esse crimen cum hæresi, non habet rationem. Nam magna hæresis est blasphemia, pertinetque ad malum de Deo sensum, quanquam sæpe aliquid addat hæresi. Qui profitentur atheismum, quod genus hominum mirifice augetur hodie, blasphemi sunt; ni tamen hos sub hæreticis heic liceat complecti, valde me falli oporteat. Instantia de homicidio cum incestu comparata, nimis est inanis, quam ut responsum mereatur. Si corruptionem novercæ & stuprum cum vitrico, non ejusdem generis, sed eandem speciem esse vult, non multum in exitu aberit Scholiastes a sensu nostro, & fieri poterit, ut in extensionibus admittendis non magnopere discrepemus.*

N. A d d i t.

Ante omnia Scholia nostra, ab Autore non adeo tempestive abrupta, sunt integranda. Ita vero addideram de blasphemo: *Ego non puto, quia blasphemia est distinctum delictum ab hæresi & diversum genere. Et si blasphemia ad exheredationem sufficeret, sufficeret etiam homicidium, quia & hoc est delictum. Neque juvabit, si dicas, blasphemiam convenire generice cum hæresi, quod utrumque sit delictum in Deum immediate commissum, secus ac homicidium. Nam & homicidium generice convenit cum incestu filii & novercæ, quia utrumque immediate in hominem committitur & gravius est incestu, uti blasphemia hæresi, ergo homicidium quoque ad exheredationem sufficiet, quod tamen nec Autor admittit*: De privigna, *quæ se vitrico substernit, dixeram*: *Concedo, at hic casus non est gravior, nec similis, sed idem cum eo, qui* d. N. 115. c. 3. §.6. ex-

Digitized by Google

exprimitur: argumento l. 1. ff. de V. S. *Jam vero judicet Lector, an instantia nostra de homicidio cum incestu comparato, nimis inanis sit, ut non mereatur responsionem. An non potius ea, quæ pro salvanda sua opinione de blasphemia Autor attulit, talia sint? Certe, qui principia Juris Canonici vel primis gustavit labris, sciet, blasphemiam & hæresin esse distincta crimina, etsi sæpe coincidant in uno actu, uti v. g. adulterium & incestus etiam sæpe coincidunt. Atheus vero & hæreticus adhuc magis differunt. Quod vero alterum exemplum de incestu privignæ cum vitrico attinet, in eo a sensu Autoris abeo, quod ego deducam illum casum ex Novella per interpretationem declarativam, Autor vero doceat, etiam interpretationem extensivam habere locum in* d. Novella, *cui tamen repugnat verbum* duntaxat. *Unde in exitu etiam recedo a sensu Autoris, quia ostendo, quod exemplum hoc non quadret ad ejus sententiam.*

16. (o) Addendum adhuc de Legitima; Imperator in sæpe citato *cap.* 3. *in pr.* sancit, non licere Patri, vel matri liberos præterire aut exheredare, *nec si per quamlibet donationem, aut legatum, vel fidei commissum, vel alium quemcunque modum, eis dederit legibus debitam portionem*. Unde apparet, non sufficere, liberos titulo particulari habere legitimam, quod olim sufficiebat, §. *ult. h.* nisi nec præteriti, neque exheredati, hoc est, nisi *instituti* sint. Quo fine sufficit, scriptum esse in Testamento, *heres esto*; licet exigua aliis particula adspersus aut cum re certa, quæ legitimam nullo modo impleat, sit dimissus. *d. Nov.* 115. *c.* 5. *in pr.* Si enim minus legitima ex institutione omnimodo habeat, cessante querela, datur condictio, ex *l.* 30. *C. h. t.* ad supplementum legitimæ. §. 3. *h.* Quod si amplissimo auctus legato, nec tamen heres sit dictus, querelam habebit. Differentiæ ratio non exinde, quod institutionis titulus honorificentior sit, petenda videtur; sed quia, ut Justinianus rem considerat, termini habiles quærelæ deficiunt quando filius est institutus. Voluit enim præterito aut exheredato hoc remedium dari, non scripto heredi. Atqui Veteres id modo spectabant, an pater necessitati naturæ in legitima relinquenda satisfecisset; Quo facto, parum de titulo erant solliciti; quod visum aliter Justiniano. Institutionem quidem ille requirit; sed non, inquam, ut institutione expressa totam habeat legitimam. Nam & quæ per modum legati aut donationis M. C. aut quolibet ultimo Patris judicio nactus est, ea in legitimam imputantur, item dos, donatio propter nuptias, *l.* 29. *C. h. t.* pecunia ad militiam ipsi emendam data. *l.* 30. §. *ult. eod.* Cæterum, cessare Querelam, si intra quinquennium post aditam hereditatem mota non fuerit, jam dictum est. *l.* 34. *inf. C. h. t.* Quod spatium condictioni ad supplementum legitimæ ex *l.* 30. *C. h. t.* nusquam præscriptum legitur. Ideoque nullam causam esse monent Interpretes, ut breviori spatio quam triginta annorum, quod personalibus judiciis commune est, hanc condictionem terminari dicamus, *l.* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* nisi contra scriptum sit, in *l* 34. *in fin. C. h. t.* ubi nepoti datur Querela *vel condictio ad supplementum*, nisi pater ejus repudiaverit vel *quinquennium tacuerit*. In *pos.* 26. paulo secus scripsi; sed parum abest, quin verius sit quod verba præ se ferunt. *in d. l.* 34.

TIT. XIX.

De Heredum qualitate & differentia.

I. Differentia heredum. II. Quibus temporibus cum illis testamenti factio esse debeat. III. Effectus hereditatis adquisitæ. IV. De jure deliberandi. V. De inventarii beneficio & incommodis neglecti ejus. VI. Non videri inter illa esse jacturam legitimæ. VII. Commoda inventarii conficiendi. VIII. Quibus modis hereditas adquiratur. IX. Differentia inter suos & extraneos quoad adquisitionem. X. Quoad transmissionem, & quando extranei jus adeundi hereditatem transmittant. XI. Quid si furioso hereditas delata sit. XII. Jus memorabile de liberis. XIII. Quibus modis hereditas amittatur. XIV. Modi quibus amittitur jus abstinendi & repudiandi.

(a) Qualitas heredum ex eorum differentia colligitur; quæ in summa est duplex, Necessarii, vel voluntarii heredes. Necessarii, qui coguntur esse heredes, sive velint, sive nolint, atque hi vel sunt tales duntaxat, vel sui & necessarii simul. Necessarii tantum sunt servi,

(o) *Pos.* 14. (a) *Pos.* 1. 2. 3. 4.

vi, quos Romani a Dominis institutos, heredes invitos fieri voluerunt, ut si creditoribus heri satisfieri non posset, bona servorum nomine, voci acerbæ præconis subjicerentur, iisque præmium qualiscumque ignominiæ, quæ revera nulla erat, Libertas, & rerum postea quæsitarum irrevocabile dominium, nullis creditorum actionibus obnoxium, dabatur, *princ. h. t.* Sui & necessarii simul, erant Filiifamilias, qui primo *sui*, antiquissima appellatione dicebantur, quoniam proximi defuncto & in potestate ejus erant. §. 1. *h. t.* Ratio appellationis quia cum pater & filius eadem persona existimentur, filius patris heres existens, *sibi* quodammodo ipsi *heres* fieri videtur, αὐτοκληρονόμος. quo, licet minus efficaciter, pertinet quod Imperator hic ait, ideo *suos* dici, *quia domestici heredes sunt*, &c. iidem Necessarii vocantur, quod jure Civili ex XII. Tab. seu nolint quoque seu velint, heredes esse cogantur, exemplo servorum, in quos Patribus olim non minus fuisse potestatis, quam dominis in mancipia, diximus alias. Sed posteri diversam liberorum a servis rationem esse, merito judicarunt, quoniam his neque res neque dignitas ex bonorum distractione & ære alieno minuebatur, cum neutra prædit essent. Sed dedecus a mortuorum memoria ipsorum vitio contractum, derivare in liberos superstites, atque hos compellere, ut propria bona ob paterna debita perderent, id inhumanum erat. Quare Prætor Jus *abstinendi* in usum fori introduxit, quo Liberis subducere se paternæ hereditati permittitur, ita ut nulla creditoribus actio petitioque adversus eos detur. §. 2. *h. t. l.* 57. *de Adquir. vel omitt. hered.* Hæredes voluntarii sunt, qui pro arbitrio hereditatem vel adire vel repudiare possunt, iidemque extranei, quia non sunt *sui*, id est, domestici, dicuntur. §. 3. Tales sunt omnes extra suos, adeoque etiam liberi emancipati, omnesque liberi matris & maternorum respectu, tum fratres omnesque sanguine juncti & alieni. *d.* §. 3.

2. (b) Cum his extraneis, ait Imp. in §. 4. debere esse Testamenti factionem; non quod cum suis eadem esse non debeat, sed quia non potest fieri, ut quisquam *suus*, nec tamen capax testamenti factionis, hoc est, capiendi e testamento sit. Quia quibus modis aliquis desinit esse capax succedendi, iisdem quoque, si suus sit, desinet esse suus.

SCHOLIUM.

Ita Dd. communiter. Sed quod jus Codicis attinet, non puto, hanc assertionem universaliter procedere. Ad eos enim, qui nihil ex testamento capere possunt, retulimus in notat. ad tit. de test. ordin. ad pos. 30. *etiam hereticos. Sed heresin tamen jus suitatis non mutare, arbitramur,* argumento Nov. 115. c. 3. §. 14.

RESPONSIO.

Sit hæc igitur hactenus exceptio, si quis velit, quales in definitionibus juris in universum vix evitari possunt.

N. ADDIT.

Ego vero hanc exceptionem nolim generice naturæ regularum juris adscribere, sed quod sub Imperatoribus leges sæpius magis ex impetu, aut ad suggestionem hominum nec eruditorum, nec justitiæ studentium, latæ fuerint, præprimis vero in doctrina hæreseos. vid. dissert. nostr. de jure Princ. circa hæreticos.

Jam duobus, ait Imp. temporibus debet esse cum extraneo testamenti factio, temporibus testamenti facti, mortisque Testatoris, medio tempore parum refert capax fuerit heres an secus; hoc amplius & cum adit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio; aditæ autem hereditatis tempus non ponitur ut punctum; sed Imperator vult, non sufficere duobus illis temporibus heredem fuisse capacem, *nisi etiam usque ad aditam hereditatem capax manserit*, & sic *aditæ hereditatis*, ponitur synecdochice, pro toto extremum, unde *totum* nomen habet. Igitur, quod acriter disputat Vinnius, tempus aditæ hereditatis, non ut ejusmodi extremum considerari, quale fuit facti testamenti & mortis, neque medium tempus inter mortem aditionemque fuisse innoxium, & ἀδιάφορον, recte id quidem; sed ego nec Justinianum; neque Tribonianum aliter sensisse puto: quia primo scribunt, *duobus temporibus inspicitur*; deinde *medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris* mutationem juris heredi non nocere tradunt; idem de medio tempore inter mortem aditionemque nullo modo affirmant, de quo proinde id neque existimarunt. Et res clara est, heredem non posse potiri successione, si uno post mortem Testatoris momento fuerit incapax hereditatis; Verissime igitur Vinnius, sed absque adversario, utique non eo, qui fit in textu. Et hæc de pura heredis institutione; de conditionali tenendum, ibi tria spectari extrema, nempe præter duo priora, tertium quoque, existentis conditionis; nam si medio inter mortem & conditio-

(b) *Pos.* 5.

Digitized by Google

tionis existentiam fuerit incapax heres, si tamen sub ipsam existentiam vitium cessaverit, nihil ipsi ad hereditatem adipiscendam obstat. §. 4. *h. t.*

3. (c) Qui autem heredes fiunt, tenentur cunctis oneribus hereditariis, etsi bona superent, *l. ult.* §. 14. *C. de jur. delib.* est enim heres eadem persona cum defuncto, *l.* 59. *de R. J.* qui hereditatem, inquam, adquisivere, non quibus delata est: deferri diximus *supra* lege vel testamento; ut adquiratur, mox dicemus.

S C H O L I U M.

Quid si ergo suus heres sit institutus, qui secundum pos. 23. hic, *ipso jure adquirit hereditatem, atque adeo in eo & delatio & adquisitio concurrunt? An & hic cogetur omnia debita, quæ bona superant solvere? Post beneficium abstinendi sane hoc onus ipsi non potest imponi. Ergo Autoris affertio vel de jure veteri*, & *ante introductum beneficium abstinendi est intelligenda, vel ita dicendum*, qui hereditatem, inquam, adquisivere, aut ab eadem non abstinent, non quibus delata est.

R E S P O N S I O.

Id e reliquis hoc titulo traditis facile collectum iri putamus. Non intercedo tamen quominus istuc observent & suppleant Auditores.

4 (d) Tam igitur suis jure Prætorio, quam extraneis absolute, hereditatem vel adire lucrosam, vel repudiare damnosam licet; Quod si dubitent, oneris an lucri plus in ea contineatur, dant leges spatium *deliberandi*, quod surrogatum est in locum antiquæ *cretionis*, quæ nihil quam solennis aditio erat intra certum tempus facienda, quod Testator sub pœna exheredationis præscripserat, qua de re Ulpianus *tit.* 22. §. 27. Deliberandi tempus olim quidem in arbitrio Prætoris erat, modo ne minus centum diebus daretur. *l.* 1. §. *ult.* cum *l. seq. de jur. delib.* Postea certum tempus constitutum est, * *Anni*, quod etiam non petentibus ipso jure competit, hoc effectu, ut si heres delatæ hereditatis certior factus intra annum moriatur, jus adeundi usque ad finem anni ad heredem suum transmittat. *l.* 19. *C. de jure delib.* Alioqui, nemine urgente aditionem, posse heredem, quamdiu vivit, adire hereditatem, utique intra annos 30. quibus cunctis actionibus præscribitur, *l.* 3. *& t. t. C. de præsc.* 30. *vel* 40. *an.* communiter probatur ex *l.* 9. *C. de jure delib.* Sane, urgentibus iis, quorum interest, non posse aditionem diutius anno differri, liquet ex *Nov.* 1. *C.* 1. §. 1. Dum deliberat heres, faciendum ei est ut omnia exploret, instrumenta hereditaria inspiciat, *l.* 5. *pr. de jur. delib.* rationes ab iis penes quos sunt depositæ petat, *l.* 28. *de Adquir. vel omitt. hered.* res non durabiles vendat, debita onerosa dissolvat, *d. l.* 5. §. 1. impensasque faciat necessarias, *l.* 6. & *l.* 7. §. 3. *de jur. delib.* denique, si filius sit is, qui deliberat, alendus ex hereditate est. *l.* 9. *eod.* Anno elapso, prorsus adire vel repudiare debet; nam tacendo in utramque partem se onerat, tam ut adiisse quam repudiasse intelligatur; adiisse in favorem creditorum, ut his obligetur, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* repudiasse in gratiam substitutorum aut legitimorum, ut hi successione potiantur; Cui enim bono alioqui tempus deliberandi certum præfigeretur, si diutius fructum deliberandi, libertatem, retineret? Quod si post deliberationem vel susceperit in se vel spreverit hereditatem, neutrum postea retractare potest; nemo enim potest hereditatem semel adquisitam repudiare vel repudiatam adquirere, *l.* 10. *C. de jur. delib. l.* 4. *C. de repud. vel abst. hered.* exceptis minoribus annis 25. §. 5. *h. l.* 7. §. 5. *de minor.* & militibus, propter emergens æs alienum grande. §. 6 *h.* Cæterum, de tempore deliberandi, statuit novissime Justinianus (salvo Testatoris præscripto, qui brevius spatium injungere potest *l.* 72. *de Adquir. vel omitt. hered.* Sand. 46. 1.) a Principe quidem impetrari posse annum, a judicibus novem menses duntaxat *l. ult.* §. 13. *C. de jur. delib.* Idque non sine aliqua indignatione permittit, ægre ferens, quod non omnes novo ipsius beneficio malint esse contenti, quo longe pleniorem heredibus securitatem fecit in *d. l. ult.*

5. (e) Hoc est beneficium Inventarii, per quod Heres, si adire vel repudiare simpliciter nolit, potest repertorium sive descriptionem omnium defuncti bonorum conficere per tabularios, præsentibus cum legatariis, tum maxime creditoribus, quos citari oportet, (iis enim, qui vocati non sunt, beneficium hoc, cætera validum, non obstat. Sand. *l.* 4. *tit.* 12. *defin.* 4.) si non venerint, tres adhibendi testes: *Nov.*

1.

(c) *Pos.* 6. (d) *Pos.* 7. & *seqq.* (e) *Pos.* 14. & *seqq.*

* Decisio Electoralis 17. pariter beneficium deliberandi ad annum civilem, non Saxonicum restringit, verb. *das* Spatium deliberandi annuum, *so ihm die Rechte verstatten, und auf* 52. *Wochen zu rechnen ist.* Ex qua dictione quoque apparet, heredi apud nos integrum esse, etiam jam aditam hereditatem, intra annum deliberandi, repudiare, licet inventarium non confecerit, modo specificationem rerum hereditariarum judicialiter insinuet, & ad eam juramento suo confirmandam se offerat, Phil. *ad d. Dec. Obs.* 1. *n.* 3.

Digitized by Google

1. *c.* 2. §. 1. Ipse heres subscribere debet, addito, quod nihil subtraxerit. *d. l. ult.* §. 2. & 3. Inchoari debet hoc inventarium intra dies 30. ex quo scivit hereditatem sibi delatam & diebus 60. sequentibus absolvendum, vel si absint heredes, intra annum a prima scientia; hæc ita exacte sanciumur in *d.* §. 2. & 3. & cum solennia legum examussim servanda sint, non video, qua ratione Dd. sufficere tradant, si inventarium, licet post diem trigesimum inceptum, intra nonagesimum perficiatur; tametsi Statuto ejusmodi mutationem bono exemplo stabiliri posse nemo neget; sed interpretari, aliud quam condere legem est. Præcipue autem *bona* defuncti redigenda in inventarium, *d.* §. 2. etiam sane æris alieni capita, at non tam necessario; omissio enim aliquorum ex his minime perinde inventarium vitiat ac quorundam ex bonis. Sand. *d. defin.* 4. Justiniani scopus fuit, novum hoc *Inventarii* inventum ita elaborare, ut sine exceptione publici usus & saporis fieret: adeo luculenter hujus beneficii fructus atque effectus dedit, quorum hi sunt præcipui. Primus, quod heres, inventario facto, non modo legatariis, sed nec creditoribus ultra vires hereditarias teneatur, cum alioqui heredem ex persona defuncti in solidum obligari constet *d. l. ult.* §. 4. Alterum inventarii beneficium, quod heres ea, quæ defunctus sibi debuit per confusionem non amittat, ut alioqui fieret, sed perinde suum, ac reliqui creditores, servare possit. *l. ult.* §. 9. Tertium memoratur beneficium, quod heres legatariis quartam Falcidiam deducere queat; sed hoc revera non est inventarii beneficium, quia & antehac dudum heredes deductionis illius copiam habuerunt; sed habetur pro tali, quatenus omissio inventarii privationem Falcidiæ infert. Nam ut necessitatem Justinianus universis imponeret Inventarium conficiendi, quoties non admodum liquida hereditas obtigisset, tria sanxit neglecti inventarii incommoda, * e diametro beneficiis sive commodis modo recensis contraria, ex quibus tamen unum tantummodo novum & ex ipsius constitutione oriundum est. *Primum* est, quod heres creditoribus hereditariis plane satisfacere, etiamsi bona exhausta sint, cogatur: id olim in omne herede, qui agnovisset hereditatem, obtinuisse notissimum est *d. l. ult.* §. 1. sed legatariis, nec olim nec hodie, neglecto licet inventario, plus quam est in hereditate, debetur, §. 1. *infra de singul. reb. per fideic. relict. l.* 1. §. 17. *ad Sc. Trebell.* (1) Item *alterum*, quod heres confusione suas in defunctum actiones amittat. *l.* 75. *de Solut.* Sed *Tertium* est verum noviterque excogitatum incommodum; ut heres non facto inventario, legatariis quoque in solidum teneatur, neque Falcidiam exercere possit. *l. ult.* §. *pen. N.* 1. *c.* 2. Idem de Trebellianica statuendum esse, plerique concedunt, quoniam ad hanc a Falcidia, cujus exemplo reperta est, §. 5. *I. de fideic. hered.* plerumque tuto argumentari licet, & Imp. in dictis textibus fideicommissarios cum legatariis jungit: Imo & Trebellianicam satis constat sub nomine Falcidiæ comprehendi, ut in *l.* 11. *de Leg.* 1. *l.* 30. §. 7. *ad L. Falc.* §. 3. *I. Quib. mod Test. infir.* Adeo ut appellatio Quartæ Trebellianicæ, non tam a Juris conditoribus, quam Interpretibus introducta & usurpata sit. Sic etiam antehac a me scriptum fuit: sed discere & id præferre me nunquam puduit: Ex facto consultus intellexi, verissimam esse viri sapientis inter paucos, Gailii sententiam; scil. nullam esse causam, textus, qui de sola Falcidia respectu legatorum loquuntur, extendere ad Trebellianicam. Heres fuerat scriptus & fideicommisso post mortem conditionali gravatus. Hereditas erat locuples; ideoque de beneficio Inventarii non cogitaverat. Mortuus erat & extiterat conditio. Ejus Heres Quartam deducere volebat; objecta fuit omissio inventarii; de qua nemo in hereditate opulenta cogitat, ex qua nil nisi post mortem, incerta conditione decedet; putavi id iniquum esse, nec dubitavi, quin legibus standum esset, quæ de Falcidia deque legatis solis loquuntur. Gail. 4. *observ.* 38.

6. Quin etiam liberos Inventarii neglecti pœnam sustinere hanc, quod ne Legitimam quidem

(1) *Verlus tamen dixeris, heredem, qui non confecto inventario adivit, teneri ut solvat integra legata, licet vires hereditarias excedant. Non enim tantum vult Imperator ut non retineat Falcidiam, sed addit, eum compellendum esse integra legata solvere, licet puræ substantiæ morientis transcendant mensuram*, Nov. J. C. 2. *quod frustra adjecisset, si tantum Falcidiam retinere non posset.*

* Quæ evitare queunt in Saxonia, si juratam exhibeant sorrificationem, ea enim instar inventarii est Jure Saxon. Communi, *a. Lit. l.* 1. *art.* 6. Richter. *Dec.* 60. *n.* 8. Coler. *de Proc. Execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 127. *Id. p.* 1. *Dec.* 68. *n.* 2. & Electorali, *Dec. El.* 21. & 17. *j. Lorgevisch. Ausschreib.* subr. welcher gestelt die Agnaten. §. *Dieweil aber dennoch dieienigen*, Philip. *ad d. Dec.* 17. *Obs. I. n.* 10 Carpzov. *Decis.* 29. *n.* 31. Id. *P.* 3. *C.* 30. *d.* 18. Imo ex eadem ratione quilibet inventarii defectus hodie juramento suppletur; Carpz. *P.* 3. *C.* 31. *d.* 6. conf. Mev. *Jur. Lubec. P.* 2. *t.* 2. *a.* 29. 19. quod juri quoque civili non adeo incognitum fuisse videtur, *l.* 22. §. 10. *C. de jure delib.*

Digitized by Google

dem ſervare poſſint, crebro recentioribus viſum eſt, diſſentientibus Bartolo aliiſque veteribus, item Fachinæo *ſ. contr.* 24. aliiſque hujus ſeculi paucis, quorum magis mihi ſententia arriſit ſemper. Id ante omnia tenendum, reſpectu creditorum non eſſe locum quæſtioni. Adverſus hos enim filium ſervare non poſſe legitimam, adeo certum eſt, quam notum, de legitima prorſus verba non fieri, antequam dimiſſi ſunt creditores. *l.* 8. §. 9. *de Inoff. teſt.* Quæſtio duntaxat eſt, an Legatarii filio, qui æs alienum omne diſſolvit, legitimam actione legatorum auferre poſſint. Negandum cenſeo, quia nunquam poteſt fieri, citra exheredationem, ut per diſpoſitionem Teſtatoris Legitima tollatur. *l.* 32. *C. de inoff.* Legata autem ſunt diſpoſitiones Teſtatoris. Tu dices, legis hoc opus eſt, non gravamen Teſtatoris; Sed ne lex quidem poteſt tollere legitimam ſine ullo merito filii. Poſito tamen, id poſſe legem, falſum eſt velle, nuſquam liquet. Scopus legis eſt, heredem, qui ſuperſedit inventario, relinquere in vetuſtis heredum oneribus, *l. ult.* §. 14. novorum onerum nihil addit, niſi quod Falcidiam diſerte ademit. Quis docuit nos a Falcidia argumentari ad legitimam, cujus multo juſtior ratio, major ſine comparatione neceſſitas? Quis tam enormem in nova conſtitutione toleret conſequentiam nulla ratione nixam? Quin vide textus; Lex ſancit, eum qui inventarium neglexit, *debitis hereditariis in ſolidum teneri*, ut *in ſolidum ſecundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur*, *&c.* §. 14. addito *Falcidiæ* commiſſo, nihil præterea. Neque porro in *Nov.* 1. *cap.* 2. aut verba aut mentem eſſe de legitima, patet ex *princ.* & ex *fine*. In *princ.* habetur, cauſam ſanctioni dediſſe fraudem heredum, per quam evenit, ut Falcidiæ locus fiat, cui alioqui non eſſet locus, quia ſalva quarta fuiſſet; atqui legitimæ nunquam non poteſt eſſe locus, ut notum. In *fine* eſt; *Si vero expreſſim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, neceſſarium eſt Teſtatoris valere ſententiam*. Hæc nullo modo cum legitima conſtare poſſunt, quia hanc a Teſtatore non poſſe prohiberi, nota res eſt. Poſtrema ratio; In eadem *Nov. cap.* 1. & 4. ſtatuitur, ſi heres intra annum Legata non ſolvat, eum cadere hereditate, quemadmodum in *cap.* 2. noſtraque ſpecie, cadit beneficiis inventarii. Tamen & in *cap.* 1. & *in* 4. Legitima heredibus conſervatur, niſi cum ab inteſtato ſucceſſio ſit. *d. cap.* 1. *in med.* Quid cauſæ eſt, quare in pœna inventarii omiſſi non æque ſalva ſit Legitima, quam in pœna Legati cis annum non ſoluti? An quia pœna repertorii infecti totam hereditatem adeoque & Legitimam exhaurit? Quaſi non eadem ratio in altera pœna eſſet, ubi, quod tota hereditas perditur, nihil impedit, quominus Legitima remaneat. Atqui hoc unum fere contrariæ partis fundamentum eſt; Neglecto inventario, heredem ultra vires hereditarias teneri, unde Legitimæ ſpes nulla conſervandæ. Putem reſolute poſſe dici, primo, id reſpectu creditorum obtinere, quibus in infinitum tenetur heres, nec magis Legitimæ, quam reliquæ hereditati parcitur: Legatario heres nunquam ultra vires hereditatis tenetur, ut *modo* probavimus. Id ex verbis *l. ult.* ſupra citatis liquet. Dein, ſi heredes quoque non facto inventario legatariis tenentur ultra vires hereditatis, non verebimur reſpondere, id excepta Legitima intelligendum. Nec tu inſolentem dicas exceptionem; quia non minus inſolens videretur a pœna hereditatis amittendæ in *cap.* 1. & 4. niſi expreſſa foret. Inſtas, hic non excipi? Dicam, ſua ſatis natura illam excipi, quia tolli ſecus quam ob ingratitudinem non poteſt; abundeque ſufficit, quod nuſquam inter pœnas inventarii omiſſi recenſeatur. Repeto, nullam fuiſſe cogitationem Juſtiniani in *d. l. ult.* aut in *hac Nov.* 1. *c.* 2. Legitimam ut involveret, quia, cum nominatim de Falcidia loqueretur, ſatis ſciebat, neminem debere eſſe tam imperitum, ut eum caſum intelligeret, quo Falcidiæ termini habiles deſunt. Sed in his, quibus Legitima debetur, Falcidia abſolute ceſſat, quia hæc non aliter, quam ubi quarta deficit, obtinet, is vero, qui legitimam ſumit, multo quidem plus habet: Plane ut non modo nectendæ ratio conſequentiæ deſit, ſed & ratio ejus quod expreſſum eſt cum eo, quod ineſſe volunt, maxime pugnet atque collidat. Sed adhuc urgetur, quod ſit igitur incommodum filii inventarium non componentis? *Primo*, ut creditoribus in infinitum teneatur, dein, ut quod ſibi a parente debetur, amittat. Quid ſi æris alieni parum, ſui nihil inveniat heres? Palam ex his, quæ diximus, eſt, nullam eſſe pœnam favore legatorum. Etenim multo juſtius eſt legata pro quarta minui, quæ lex jubet, minui, licet inventarium non extet, quam legitimam penitus tolli, quam lex minui, nedum tolli tam rigide vetat. Unaupereſt in contrarium ratio; quod pœna inventarii neglecti rationem habeat hanc, fraudem here-

dis

dis præsumptam, qui satis sibi prospexisse creditur; eaque præsumptio perinde locum in filio ratione legitimæ, quam extraneo quoad Falcidiam, habeat. Responsio in promptu est, præsumptionem hanc non posse latius operari quam rei veritas operaretur, sed *deprehensus* ἐπ' αὐτοφώρῳ, *in ipsa fraude* heres, non aliter quam duplo mulctatur, minime vero jactura legitimæ, nedum beneficio inventarii, *d. l. ult.* §. 14. tametsi aliter in praxi & more Frisici fori obtineat, teste Sandio *Defin. 6. ejusd. tit.*

7. Porro interea dum heres conficit inventarium, res jubet, ut creditores molestiam ipsi creare caveant. *l. ult.* §. 11. * Ipse interim solvet ex bonis hereditariis impensas funeris actuumque judicialium & similia, quæ moram non patiuntur, §. 9. deinde creditoribus secundum juris ordinem, quatenus vires ferunt hereditariæ, satisfaciet, modo liquidus satis ille sit ordo; Nam si creditores de πρωτοπραξία contendant, palam est, heredem ejus rei non esse arbitrum, sed ad judicem recurrendum. Sin ordo non fit controversus, heres iis creditoribus, de quibus constat, exsolvat; nec ab aliis postea supervenientibus conveniri potest; sed hi legatarios aut creditores, quos ipsi præcedere debuissent, compellare jubentur, in quem usum est condictio ex lege. *d. l. ult* §. 5. 6. 7. 8.

8. (f) DE HEREDITATE ADQUIRENDA. Quid & quales sint Heredes, postquam abunde dictum, claudit Imperator Testamentarium tractatum notabili doctrina Adquirendæ hereditatis, quod & ipsum momentum, in quo successoria Lex adquiescit. Ubi enim adquisitio hereditatis semel jure constat, dici potest, quod desinat hereditas mortui, & incipiat esse patrimonium viventis. Defertur hereditas, ut dictum alias, duobus modis, Testamento vel lege: delata ubi est, adquiritur, Unde apparet, hoc caput, de Adquirenda, commune esse tam legitimæ quam Testamentariæ successioni; adeoque naturaliter post utriusque tractatum, etiam de heredibus ab intestato, sequi debuisset. At cum toties suorum & extraneorum, qui ipso jure, quique adeundo fierent, heredum mentio facta sit, non debebat articulus adquirendi hereditatem unde potissimum differentiæ illæ pendent, diutius celari tyrones, qui nullo negotio hæc cum de legitima successione agetur, ἀπὸ κοινοῦ repetere possunt. Adquiritur, inquam, ipso jure vel facto Hereditas: *ipso jure*, id est vi immediata legis, ut nullo ad hoc hominis dicto vel facto sit opus: ita *a suis*, de quibus antea dictum, adquiritur. *l. 14. de suis & legit. hered. l. 11. de lib. & posth. l. 1. §. 7. Si quis omiss. caus. Testam.* Extranei hereditatem adipiscuntur Facto aditionis, eoque duplici, declaratione verborum, aut rebus gestis; illant vocare licet aditionem in specie, hanc pro herede gestionem. *l. 25 §. 7. de adq. vel omitt. hered. l. 18. pr. ad L. Falc. & l. 20. pr. & §. 1. de Adquir. vel omitt. hered.* In utroque facto requiritur animus heredis, quo sensu in *l. 20. pr. eod. pro herede gerere* dicitur, *non esse facti*, *quam animi*, id est, magis spectandum, quo animo, quam quid fiat. Multa enim pietatis custodiæve causa aguntur, ut *ibidem* declaratur: imo fieri potest, ut animus heredis adsit, ubi nullæ res hereditariæ attinguntur, si quæ non sunt, eas putet esse tales, *l. 88. de adquir. vel omitt. hered.* juncta 21. §. 1. *eod.* Quia autem sui jam ultro sunt heredes, neque ad effectum aliud quam immixtio deest, (termini ita usurpantur, ut sui miscere semet, extranei adire dicantur) facilius colligitur animus heredis, in suis ad confirmandam qualitatem quæsitam, atque in extraneis ad novam adquirendam. Hinc si filiusfam. Patrem sepeliverit, opus ei sit testari, quod animo heredis non faciat. *l. 20. §. 1. d. tit.* In emancipato pietatis præsumptio, quam heredis, erit proclivior. Ita suus heres implendo conditionem, sub qua institutus est, animum heredis manifestare videtur, *l. 86. §. 1. de hered. instit.* quod de extraneis haud perinde affirmandum. *l. 1. §. 1. de condict. caus. dat. c. n. sec.* Non valet etiam aditio, nisi fiat cum certa scientia, scil. delatam esse hereditatem, pure sit heres an sub conditione, testamento an ab intestato. *l. 13. & seqq. l. 32. §. 1. de Adquir. vel omitt. hered. & l. seq.* Denique non pro parte, sed in totum fieri debet *aditio. l. 1. & 2. d. t.* Sed utrum hoc sciverit, an secus, nihil refert, quia pro parte facta fit ipso jure totalis aditio per *d. l. 1. & 2. & l. 7. de R. J.*

9. (g) In suis heredibus res aliter se habet. Differentia in effectu duplex est, Adquisitionis & Transmissionis. Adquisitionem quod attinet, sui heredes eodem momento, quo defunctus expiravit, fiunt domini rerum paternarum, adeo ut non tam mutari dominium, quam continuari

(f) *Pos. 23. & seqq.* (g) *Pos. 28. & seqq.*

* Jure Romano intra novem dies conveniri non poterat, *N.* 115. *c.* 5. §. 1. In Saxonia triginta dierum mora vel non petenti relinquenda est, *Land-R. L.* 1. *a.* 15. *conf.* Struv. *Jurisp. L.* 2. *t.* 22. §. 9.

Digitized by Google

timari videatur, *l.* 11. *de lib. & posth.* unde liberi jam vivo patre quodammodo domini fuisse dicuntur. §. 2. *h. t.* Extranei vero non fiunt domini priusquam adierint; & quidem domini duntaxat, possessio tam in illis quam suis, non nisi per apprehensionem adquiritur, *l.* 23. *pr. de Adquir. vel amitt. poss.* tametsi quoad effectum usucapionis inter defunctum atque heredem continua non interrupta possessio intelligatur, *l.* 30. *Ex quib. caus. maj.* idque hodiernis moribus passim in universum fere obtinuit, ut possessio juncta dominio absque nova apprehensione translata intelligatur. Gail. 2. *obs.* 52. Perez. *ad tit. C. de Adquir. poss. n.* 7.

10. (h) Alterum discrimen inter suos & extraneos heredes consistit in jure transmissionis. Nam sui, hereditate sibi delata morientes, transferunt suum jus in heredes proprios, etiamsi nescíverint sibimet ipsis hereditatem fuisse delatam, *l.* 3. *C. de jur. delib. l. un.* §. 5. *C. de caduc. toll. l.* 9. *in pr. de jure fisci*; non tantum in liberos suos, *l.* 7. §. 1. *de Adquir. vel omitt. hered.* sed etiam extraneos, *l.* 9. §. 1. *de Reb. dub l.* 9. *de jur. Fisc* sed extranei non aliter transmittunt jus succedendi in heredes, quam si adierint hereditatem, *d. l. un.* §. 5. nec quidem jus deliberandi transmittunt, ad quod scientia diserte requiritur, *l.* 19. *C. de jur. delib.* idque eodem modo traditur a Sandio *lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 1. Ratio hujus differentiæ pendet ex eo, quod *supra* diximus, *suos* heredes ipso jure sine facto adquirere hereditatem; extraneos facto aditionis, vel pro herede gestionis duntaxat, Quilibet autem jus adquisitum in heredes proprios transmittit; non adquisitum, quod non habet, inquam, nullo modo transmittere potest. Hactenus tamen recessum est ipso jure civili ab his regulis; quod liberi omnes, etiamsi non sint in potestate, adeoque non sui, jus hoc immediatum transmittendi habeant in suos iterum liberos, non æque in extraneos heredes, ut plerique accipiunt *l.* 11. *C. de suis & legit. hered. l. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Ex his sequebatur, eos, qui non possunt adire vel pro herede gerere; hoc est, qui nequeunt induere atque præferre animum heredis, quales sunt furiosi ac infantes, etiam non posse transmittere jus hereditarium in proprios heredes. præter solos liberos in suas proles; nec enim aditio vel pro herede gestio potest aliter fieri quam cum animo consilioque suscipiendi qualitatem heredis *l.* 20. *ff. de Adquir. vel omitt. hered.* Nec quidem per tutores Curatoresve suos hoc jus transmittendi perpetrare possunt infantes dementesque: Nam illi quidem aditionis officio funguntur, hactenus, ut administrationem bonorum habeant, non etiam, ut hereditas iis adquiratur iisque mediis in alios transferatur; textus in *l.* 5. *C. de Jur. delib.*

Secundum hæc θετικῶς juridiceque, si quicquam aliud, differt Sandius in *lib.* 4. *tit.* 8. *defin.* 9. Mater filium furiosum heredem instituerat, eique sorores duas liberosque tertiæ defunctæ substituerat. testatrix diem suum obiit, & post etiam filius in furore e vivis abiit. Oborta est quæstio inter substitutos de prædio Omlandico, quod erat inter bona, quodque secundum jus ejus loci non est subjectum testamenti factioni, ideoque secundum ordinem intestati deferendum erat proximis; sed proximæ furioso novissime defuncto erant materteræ, non consobrini; Respondit tamen Sandius, consobrinos pariter admittendos, quia successio prædii illius regenda erat cum respectu ad matrem furiosi, licet ante defunctam, eo quod furiosus non potuerit hereditatem adquirere cum effectu transmissionis, sensu animi ad id necessario carens. Rationibus utitur iisdem Sandius, quibus modo nos in universa demonstratione usi fuimus, eo quod furiosus non habeat *animum* heredis, ideoque *cum in furore decedit, nihil ei quæsitum intelligitur*, inquit. Proinde quoties decessit aliquis impos rationis, aut quoties qui sui compos, nulla signa voluntatis animique sui edidit; non potest transmissio hereditatis ad eos fieri, qui ultimo defuncto sunt proximi; sed qui proxime contingunt eos, a quibus hi bona prius adepti sint. *Inspicitur*, inquit Sandius in eo casu, *quis tempore mortis furioso proximior sit, non ipsi furioso sed ejus parenti*. Sandius hunc casum definitionemque vocat *raram*, ideoque notabilem. Forte rara dici potest hæc species in furioso; at in infantibus, quorum intuitu prorsus eadem ratio esse videtur, & de quibus plerique textus juris, queis Sandius utitur, æque agunt, nihil est frequentius.

Jam velim quisque secum reputet, quid omni die fiat in mortibus infantium, adde furiosorum. Nemo dubitat, quin illi successionem ad eos,

(h) Pos 30. & seqq.

* Ita moribus Saxoniæ quoque obtinere, & transmissionem ad heredes ipso Jure transire, existimat Carpzov. *dec.* 115. *n.* 22. & P. 3. C. 9. *def.* 29. *n.* 6. Sed sicuti mores Germanorum generales hic jus civile non mutarunt, vid. Gail. *L.* 2. *Obs.* 152. *n.* 3. Hahn. *Disp. de transition. possess. in heredem*; ita quoque sententia Carpzovii nec consensum Doctorum, nec Praxin fori constantem invenit. vid. Berger. *Elect. Proc. Possessor. th.* 29.

eos, qui ipsis proximi sunt, jure transmittant, si vel unius horæ spatio vel minutulo infans post matrem puerperam spiraverit, ita servamus, docti indocti, ut patres hereditatibus augeantur, neque patres tantum, sed si a latere paterno sint alii propinquiores quam maternæ lineæ, successio sine controversia vadit ad propinquiores. Sæpe, fateor, hæsisse me inter juris tam certi clarique dictamen, & praxeos tam indubitatæ observantias, sine Statuto intermedio, contrariantes. Videamus, an non ad aliquam partem concordiæ res adduci queat: utique si probabiliter usus fori nostri e legibus adstrui possit, non oportet nos esse difficiles in concilianda praxi cum theoria, saltem hactenus, ut ex interpretatione legum, sive recte sive minus bene accepta, communis opinio orta videatur; quam alioquin ex mera juris ignorantia natam esse oporteret.

Lex unica *C. de His, qui ante apert. tab.* dictat, liberos a Parentibus *scriptos heredes, sive se noverint scriptos, sive ignoraverint, in liberos suos, cujuscunque sint gradus vel sexus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere.* Sed hæc constitutio necdum sufficit ad observantiam praxeos nostræ, quia tantum loquitur de transmissione liberorum paternæ hereditatis in suos liberos; non etiam in parentes suos aliosve propinquos; & dein non agit de successione ab intestato, de qua noster usus vel maxime idem jus introduxit. Lex 11. C. *de suis & legit. hered.* sic ait; *Si matre superstite filius vel filia, qui quæve moritur, filios dereliquerit, omnimodo patri suo matrive suæ ipso jure succedant; quod sine dubio & de pronepotibus observandum esse censemus.* Hoc titulo agitur de successione ab intestato, & rotunde dicitur, liberos omnes suis parentibus indistincte *ipso jure* succedere; consequenter aditio ad adquirendam transmittendamque hereditatem non est necessaria, secundum *l. 14. ff. de suis & legit. hered.* Scio, multos non posse in animum inducere, ut credant, in ea constitutione tribus verbis aboleri discrimen inter suos heredes & extraneos, quod ad hereditatis aditionem atque transmissionem attinet; aliterque *d. legem* interpretari; verba scilicet, *ipso jure*, significare, quod sine cretionis solennitate, quæ hodie sublata est, & citra bonorum possessionem immediate heredes fieri possint, ut est in *l. 3. C. ad Sc. Orfit.* Ita Perezius ad *tit. C. de Sc. Orfit. n. 5.* Non fuerim alienus ab hac sententia, quod per *d. l.* XI. noluerint Imperatores, adquisitionem transmissionemque hereditatis sine aditione stabilire; sed mens eorum esse videtur, ut doceant, quod liberi parente superstite decedentes, non parentem, sed liberos habeant successores nullo judicis officio implorando, ut docetur in *d. l. 3.* Verba *ipso jure* facile contenta sunt hac explicatione, cum quo hic confer *l. 1. ff. de curat. fur.* Ex ea tamen lege XI. natam esse praxin nostram modo expositam, certo propius est, idemque colligit inde Faber *in Codic. lib. 6. tit. 22. def. 29. in fin.* sed ultra liberos parentibus succedentes, non memini quicquam in jure civili me legere, quod transmissionem hereditatis absque aditione vel pro herede gestione probet, ideoque in cæteris valet, quod est in *l. 5. C. de jure delib. Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi successionem, sed ipsius actus & voluntas fuit necessaria; nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit adquirere.*

11. De furioso est specialis constitutio in *l. ult. §. tali. 7. & seq. C. de Curat. fur.* recentior *d. lege XI. C. de suis & legit. hered.* in hanc sententiam; si furiosus in furore diem suum finierit, hi venient ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, *si non in medio esset furiosus*, cujus idcirco aditio vel adquisitio nulla intelligitur esse; Et hæc est proprie dicta species a Sandio in sæpe laudata *decisione tit. 8. lib. 4.* definita, licet rationes, quibus utitur, infantibus æque & exacte conveniant. Curia non finivit eam quæstionem apud Sandium; sed ipse, & alius Senator, arbitri compromisso electi. Sed apud Gajum Nautam in decisionibus MSS. reperio similem speciem contrario modo ab ipsa Curia definitam die *XXV. Martii 1645.* inter *Theodorum Fogelsang* cum sociis, contra *Oricum a Doyem cum suis sociis*. Res meretur ut speciem subducamus, præcisis, quæ nihil huc pertinent, circumstantiis. *Dodonæa ab Aysma* reliquerat tres liberos prioris & duos posterioris matrimonii, Ex illis unus *Renicus a Doyem* mente captus seu furiosus, in eo statu brevi post matrem decesserat. Hujus partem nati ex eodem conjugio, tanquam fratris germani, sibi vindicabant; posteriores dicebant, se respectu matris æque propinquos esse, matrisque, non furiosi filii propinquitatis rationem esse habendam, auctoritate Sandii juribusque supra deductis nitebantur. Ad hæc Nauta, verbis e vernaculo versis sic ait, *Curia existimans furiosum pro in-*

infante habendum, nec aditionem vel immixtionem in eo requirendam, æquiparavit eum infanti statim post matrem suam mortuo, cum fuerit suus aut ad minimum ipso jure heres. Proinde pars furiosi fratribus atque sororibus utrinque conjunctis adjudicata fuit. Quid respondendum sit ad *d. l. ult.* §. 8. *C. de Curat. fur.* quæ est Justiniani & recentior cæteris legibus, quæ de liberis *ipso jure* succedentibus loquuntur, non suggerit Nauta. Sed procul dubio sic visum est *Dominis*, constitutionem *d. l. ult.* §. 8. accipiendam esse de furiosis succedentibus aliis quam suis parentibus; quemadmodum sane de parentibus nihil in textu; verum de successione furiosi simpliciter agitur. Adquiescendum igitur in hoc videtur; ita receptum esse in Foro, secundum jus civile, vel tanquam exinde, liberos adquirere paternam maternamque hereditatem sine ullo facto & ipso jure, consequenter etiam furiosos (de his primo) transmittere successionem ad eos, qui sunt ipsis proximi. Tu dices: Lex XI. quæ est fundus unicus huic sententiæ, tantum agit de successione ab intestato; de casu testati nihil decretum; ergo in hac specie, antiqua standum regula. Respondeo est; Rubricam esse quidem de successione intestati, sed verba textus sunt generalia. Denique liberi, de quibus solis loquitur, semper etiam jus ab intestato succedendi habent, etsi testamentum reperiatur factum. Ideoque sanctio hujus loci, testamento condito, excludi non videtur. Verum, quod attinet ad hereditates furiosis delatas a collateralibus, numquid in his idem statuemus, an vero has non adquiri neque transmitti dicemus, nisi per aditionem vel pro herede gestionem? Vulgo equidem opinantur, furiosorum bona generaliter & promiscue devolvi ad eos, qui sunt ipsis proximi: Sed palam est, eam esse credulitatem, nulla, ut puto, ratione vel lege subnixam. Proinde in collateralibus valebit indubitata regula, quam habet *d. l. ult.* §. 8. *C. de Curat. fur.* adquisitionem transmissionemque non fieri sine heredis animo & voluntate; proinde si cui recepta videatur diversa consuetudo, huic reponemus dictum, *l.* 39. *ff. de legibus*: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet*. Ergo & in hoc casu; cum hereditas furioso extra liberorum numerum delata est, qui nullum suæ voluntatis edidit signum, non dicemus, hereditatem ab illo adquisitam esse, verum successio devolvetur ad eos qui proximi sunt his, qui hereditatem illi reliquerunt, per *d. l.* 5. *C. de jur. delib.*

(i) *Pos.* 35. & 36.

12. Sed de liberis habemus constitutionem memorabilem in *l.* 18. *C. de jur. delib.* Sunt vel infantes, vel majores infantiâ. Infantes habent Patrem vel non habent. Pater adire potest hereditatem maternam vel quamvis adventitiam cum effectu transmissionis. Si non adierit ac infans moriatur, etiam emancipatur; pater adquirit tamen hereditatem. Si pater non sit, Tutor infantis aditione cum effectu transmissionis fungi potest. Si Tutor non sit vel is adire neglexerit, hereditas defertur ita, *quasi ab initio non esset ad infantem delata*. Pupillus infantia major ipse adire debet, alioqui non fit transmissio, deque illo videtur accipienda *l.* 5. *eod. tit. C. de jur. delib.* Hanc legem quominus pro jure certo in foro nostro habeamus, caussam nullam video. Verum exinde tamen refellitur, liberos matri ipso jure succedere cum effectu transmissionis, quod vulgo probatur ex *l.* 11. *C. de suis & legit. hered.* quæ est ab iisdem Impp. a quibus est hæcce *l.* 18.

13. (i) Quemadmodum adquisitio in extraneis fit per aditionem, in suis effectum habet per immixtionem; Ita amittitur Hereditas in extraneis *Repudiando*, in suis, non ipsa, sed commoda & onera ejus removentur *Abstinendo*. *h.* §. *ult.* Repudiatio fit exemplo aditionis, ut contrariorum solet esse eadem doctrina. Ab illis enim & eo tempore potest repudiari, quando & a quibus adiri potest Hereditas; nempe ab iis qui certo sciunt ex testamento an ab intestato, pure an sub conditione, necessarii an voluntarii sint heredes. *l.* 13. & *seqq. l.* 32. §. 1. 2. & *ll. seqq. de adq. vel omitt. hered. l.* 76. *de R. J.* Ex quibus liquet, aditionem aut repudiationem ab illis factam, qui eo modo certi non fuerant, pro non facta haberi, neque prodesse aut nocere auctoribus, quamvis in arbitrium collata sit conditio. Denique nec is etiam, qui sub conditione institutus est, repudiare potest. *d. l.* 13. *in pr.*

14. Abstinendi jus amittitur immixtione, Repudiandi pro herede gestione. *l.* 14. §. 8. *de relig.* Abstentio insuper aliquid surripiendo ex rebus hereditariis *l.* 71. §. 4. *de Adquir. vel omitt. hered.* aut emendo per suppositam personam, *l.* 91. *eod.* sed extraneus heres surripiendo tantum fit reus dupli. *l.* 21. *pr. eod.* De his aliquanto latius *ad ff.*

SCHOLIUM.

De duplo nihil extat in d. l. 21. *junge igitur* §. 5. Instit. de obl. q. ex del. nasc.

Digitized by Google

Postremo facilius perit abstentio, quia filiusfam. ipso jure est heres invitus & ignorans, *l. 1. §. 7. Si quis omiss. caus. testam.* ideoque fundata præsumptio est in dubio, quod filiusfam. heres fit. Sand. *l. 4. t. 9. def. 9.* Si tamen damnosa sit hereditas, non videtur habendus pro herede, nisi probetur se miscuisse. *l. 12. d. t. de Adquir. vel omitt. hered.*

TIT. XX.

De Legatis.

I. Ratio methodi & definitio legati. II. Diversitas antiqua & unitas hodierna legati in se & cum fideicommisso. III. Partitio. IV. Non posse legari rem extra commercium. V. Posse rem alienam. VI. Ut & propriam heredis & pignoratam. VII. Quid si legatarius rei dominus factus sit. VIII. Aut bis eadem res legata sit. IX. Aut nudam rei proprietatem emerit. X. Aut res mea mihi legata sit. XI. Quando legatum alienatione rei tollatur. XII. De legato nominis & liberationis. XIII. Quid si testator nihil debens, summam quam debere se fassus est, restitui jusserit. XIV. Modus quo tolluntur legata liberationis & nominis. XV. De debito creditori legato. XVI. Quid juris si res legata vivo testatore pereat. XVII. Quid si ex pluribus rebus una perierit. XVIII. De re legata quæ post mortem testatoris periit: item quid juris si res legata aucta fuerit. XIX. De legato generis. XX. De optionis legato. XXI. Quibus personis legari possit. XXII. Servo heredis non posse, domino tamen servi heredis pure posse legari. XXIII. Doctrina conjunctionum. XXIV. Quid intersit conjunctim vel separatim relictum sit. XXV. De jure accrescendi. XXVI. Differentiæ inter species conjunctionum quoad jus accrescendi. XXVII. Causa juris accrescendi. XXVIII. Nominis & demonstrationis errorem non obstare legato. XXIX. falsam causam non obesse legato. XXX. Subtilitates veterum tres emendatæ. XXXI. De actionibus ad petendum legatum. XXXII. A quo tempore heres in fructus & in usuras teneatur.

(a) Non esse Justinianum methodi secutum, nec tamen superstitione ejus contra utilitatem discentium trahi velle, docet *princ. tit. de Legatis*. Cum enim Legatum sit modus adquirendi particularis, statim post titulum de donationibus subjici debuisset; at quia in testamentis Legata relinquuntur, aptius judicavit primo loqui de testamentis. Nunc post successionem e Testamento sequi debebat ea, quæ secundum legem est; Prævaluit ratio, quod ultima voluntas textu continuo fatius esset absolvi. Definitur Legatum §. 1. *h. t. Donatio quædam a defuncto relicta ab herede præstanda*, (Florentinus in *l. 116. pr. de leg. 1.* clarius & distinctius, *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.*) Εμφατικῶς *quædam*, id est, proprii generis donatio; Nam cur proprie donatio non sit, dictum *supra* ad *tit. de donat.* Dicitur a *defuncto relicta*, non *in testamento*. ut Modestinus in *l. 36. de leg. 2.* quia perinde & in codicillis legari potest, olim quidem testamento confirmatis, *l. 8. §. ult. l. ult. de Codic. §. 10. in f. t. de fideic. hered.* hodie post exæquata fideicommissis Legata, indistincte. Quin etiamab intestato hodie posse legari, certum est, exemplo fideicommissorum. *d. §. 10.* Quod autem fieri (sed raro) queat, ut ipse Testator legatum vivus præstet idemque maneat legatum, *l. 22. de leg. 2. & l. 11. C. de leg.* id definitioni, quæ singulis varietatibus accommodari nequit, nihil derogare potest. Verba ultima, *ab herede præstanda*, ut a Theophilo aliisque libris non agnoscuntur, ita abesse quidem, sed etiam ferri sine noxa possunt, explicationis gratia: modo præstationem more solito, de translatione possessionis vel solutione intelligamus; nam dominium ipso jure, id est, immediata vi legis, a defuncto, cum morte ejus transit in legatarium. *l. 80. de leg. 2. &*

(a) *Pos. 1. &c.*

Digitized by Google

1. & l.64. de furtis. Scilicet, proprie dictum & Naturale dominium, ut dictum, non ut Vinnius aliique, fictum; neque enim alia ratione Legati dominium potest haberi fictum, ac omnium eorum, quæ immediate a lege absque traditione proficiscuntur. Neque probatur secus ex l. 3. & 5. Quando dies legat. ced. Quid enim? An ut dies legati cederet a morte statim, opus erat fictum introducere dominium? Cedere dies dicitur respectu actionis, quam lex facile absque dominio præstare poterat.

2. (b) Solemnes legandi formulæ erant hæ; Sumito, capito, habeto: Id erat vindicationis. Legatum damnationis vocatur ita, Heres dare damnas esto; Sinendi modo, Heres sinito. Per præceptionem, Ille ex parte heres præcipito. Quibus formulis olim diversæ legatorum species constabant, ut in §.2. accurateque apud Theophilum legimus, & quarum singulis diversi effectus tribuebantur: Sed hæ a Græcis Impp. quemadmodum reliquæ toto jure formæ solennes, sublatæ sunt, non quod hodieque ejusmodi verbis uti non liceat, ut sane per præceptionem adhuc omni die legatur; sed quia nihil refert, istis an aliis utare verbis; & quia Legatorum qualitercumque conceptorum una & simplex natura habetur; tametsi forte loca juris non desint in Pandectis, quæ sine distinctione inter vindicationem & damnationem, haud facile conciliari queant, ut vocabula diligentius quam momenta rerum quandoque deleta videantur, qua de re vid. Merill.2. variant. ex Cuj. 10. Differentia olim quoque inter legata & fideicommissa particularia late patebat, cujus summa erat, quod in legatis rigor juris, in fideicommissis favor voluntatis regnaret. l. pen. de leg.1. vid. Cujac. in parat. C de fidej. & 3. obs.34. in f. D. Wissenb.2. Pand. Disp. 1. th. 3. Hodie Legata & fideicommissa per omnia sunt adæquata, l.1. de leg.1. tam quod ad res quam verba. l. 2. C. Comm. de leg. & fid. Quod ad res absolute, quod ad verba non eo sensu, quasi legata & fideicommissa non sint amplius diversa, neque termini distincti: utique enim, relicta verbis directis adhuc legata, verbis obliquis fideicommissa vocamus, §. ult. I. de sing. reb. per fideic. relict. unde & diversis Rubricis etiamnum collocantur. Verum, sive directis & imperativis utatur, sive obliquis & precativis verbis Testator, effectus est idem; nihil refert, utrum Testator legatum an fideicommissum relinquat: atque ita verborum differentia sublata dicitur; Quia nihil diversi inferunt, non quia diversa non sunt. Hinc sequitur, posse etiamnum Testatorem, si velit, differentiam realem statuere inter ea, quod verbis directis immediate cavet in testamento, atque ea, quæ obliquis fieri velle per heredem declarat. §. pen. I. de sing. reb. per fideic. relict.

DE REBUS, QUÆ LEGARI POSSUNT.

3. (c) His præcognitis, sciendum, hujus tituli quatuor summa capita constitui posse, secundum quæ potius quam juxta seriem §§. ordinis & memoriæ causa, res & contenta tractari poterunt. 1. De rebus. 2. De personis quibus legari potest. 3. De modo legandi & 4. de jure petendi legatum. Ne ordinem quidem positionum heic ubique observare poterimus; quia nescio quo pacto, accidit, ut in his prælectionibus satis diversus institueretur. Primo igitur docet Imp. quæ Res legari possint. in §. 4. & seqq.

4. (d) Et primo quidem, rem talem esse oportet, quæ sit in commercio, non modo generaliter, sed respectu quoque Legatarii. Generaliter commercio exemptas esse constat, res sacras, sanctas, religiosas, publicas, ædibus junctas, l. 41. 42. & 43. de leg. 1. cujusmodi similiumque rerum, de quibus vide l. 39. §.8. & seqq. eod. legata nullius momenti sunt, ait textus h. §.1. tanquam a furiosis relicta, d. l.39. §.8. adeo ut nec æstimatio debeatur d. l. 39. §. ult. Æque nulla sunt, si legatarius solus commercium rei non habeat, l. 49 §. 2. de leg. 2. quod si is habeat, tametsi Testator aut heres non habeant, eorum incapacitas nihil obstat, ead. l. §. 3. ut nec obstat, si legatarius ad usum rei sit ineptus, l. 114. §. 5. Legat. 1. vel commercium quidem, sed jus possidendi non habeat. l. 40. de Leg. 1. Quod autem in l. 11. §. 16. de leg. 3. militiæ servo legatæ, quæ in ejus commercio non est, scribitur deberi æstimationem, id eo fit, quia in militia, legata censetur æstimatio reditus, qui provenit ex militia tam armata quam palatina; uti & tesseræ frumentariæ, cujus perinde jus proprie servo non competebat, l. 49. §.1. de Leg. 2. vid. Sand. lib. 4. tit. 4. def in 4. cum enim legari, vendi militia dicitur, non ipsum militandi munus vere aut quasi-castrense; sed commoda annonaria & salaria illis annexa, quæ inde separari poterant, intelliguntur: quemadmodum & tesseræ frumentariæ, fuerunt ærea aut ferrea sigla, opinor, quibus insculpta erat certa quantitas fru-

(b) Pos. 5. 6. (c) Pos. 7. (d) Pos. 40. 41. 42.

Digitized by Google

frumenti, quod ex publico capere licebat; cujusmodi aliquando a Cæsaribus sparsa leguntur in vulgus. (1)

5. (e) Potest etiam Testator, quod prima facie παράδοξον videtur, Rem alienam legare, *d.* §. 4. hoc sensu, ut heredi redemptionem ejus, si justo pretio redimi queat, injungere censeatur, *l.* 39. §. 7. *de Leg.* 1. etenim nihil in præjudicium domini testamento alterius disponi posse, verba XII. Tab. *Uti rei suæ legassit*, satis indicant. *l.* 120. *de V. S.* Plane sciendum est, ita posse rem alienam legari, quando constat, Testatorem ea fuisse opinione quod res aliena sit, eaque mente, ut ab herede redimeretur. Nam alioqui id genus Legati pugnare cum civili & ordinario more testandi res ipsa loquitur. Ideo si Testator rem suam arbitratus, alienam legaverit, volunt leges id inutile esse legatum, quia præsumitur Testator, si scivisset alienam rem esse, non fuisse legaturus. Quæ ratio si quando cesset, consentaneum est, valere quod relictum est. Atqui illa præsumptio cessare videtur, quando affectus Testatoris erga legatarium major est, quam insolentia legandi rem alienam; Igitur proximis & conjunctis personis legatum rei alienæ indistincte debetur, seu sciverit sive ignoraverit. *l.* 10. *C. de Legat.* Pater enim filio, uxor viro aliquid legans, creditur tam valde id velle præstari, ut, tametsi res aliena sit, voluntas eadem manere videatur. Quod si dubitetur utrum Testator sciverit, an secus, rem esse alienam; placuit non heredi, sed legatario incumbere probationem; tam quia semper agenti probatio injungitur, quam quod præsumptio adversus illum sit, quia in dubio credibile est eum qui rem legavit, putasse rem suam esse, *h.* §. 4. *in fin. l.* 21. *de probat.* non est tamen utique necessarium proferre testes aut scripturam, quæ expresse loquantur, scivisse Testatorem, Sed ex circumstantiis & probabilibus argumentis constare videtur posse tantum, ut ab ipso herede probatio contrarii expectanda sit, ut in simili docet Celsus in *l.* 12. *de Probat.* Quid enim si Testator ipse rem alienasse probetur? Facti proprii ignoratio minime præsumenda est.

6. (f) Cæterum, proprias heredum res, indistincte legari posse, licet suas putaverit, a Papiniano responsum est, in *l.* 67. §. 8. *de Leg.* 2. quia cessat ibi ratio, quod testator non facile redimendis rebus alienis heredem onerare voluisse credatur. Accedit, quod heres simpliciter factum & voluntatem defuncti præstare cogatur, *l.* 149. *de R. J.* & *l.* 14. *C. de R. V.* non ultra tamen quam pro sua parte hereditaria, *d. l.* 14. & *l.* 1. *C. Si certum pet. l.* 2. & *l.* 6. *C. de hered. act.* Unde si plurium heredum unius rem Testator legaverit, coheredes eis suas portiones æstimatas refundere debent; consequenter, si unius coheredum rem Testator reliquis coheredibus reliquerit, non nisi suam illis partem præstare cogitur, ut decisum refert Sandius *l.* 4. *tit* 8. *def.* 4. Nihilo plus dubii est in rebus a Testatore pignoratis. (g) Nam quominus is cui sunt legatæ, dominium earum consequatur, cum Testator earum plane dominus fuerit, nihil obstare potest. §. 5. *h.* Quin etiam heres rem a creditore, solutione facta, redimere & præstare tenetur Legatario, saltem si hic probare possit, quod Testator conditionem pignoris non ignoraverit; Nam si hoc non constat, res qualis est, legata videtur, gaudetque Legatarius dominio rei; modo ipse eam luat ac liberet: Nisi adhuc docere queat Legatarius, Testatorem ea fuisse mente, ut non minus sibi legaret, quam ejus rei ab onere liberæ æstimatio ferret. *d.* §. 5. *l.* 6. *C. de fideic.* Plane, si creditor pignus jam distraxerit, heres pretium ejus Legatario debet; nisi & aliud voluisse Testatorem ostendat; cujus voluntas, ut ubique, ita & hic, utramque facit paginam. *d.* §. 5. & *d. l.* 6. (h) Heres igitur rem alienam recte legatam a rei domino redimere debet, atque ita non modo possessionem, sed & dominium præstat, si quidem testator alienæ rei dominum facere alium sine medio non potuit.

7. (i) Quod si Legatarius Rei legatæ dominus sit factus, antequam ab herede præstaretur, merito recepta est distinctio, utrum ex causa onerosa an lucrativa, dominium sit nactus; Si ex lucrativa, velut donatione, rem prius sit adeptus, nihil ex testamento quod petat habet, propter regulam, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. *l.* 17. *de O. & A.* adde *l.* 108. §. 4. *de Legat.* 1. *l.* 66. §. 1. *de Legat.* 2. & *alibi.* (2) Sin ex onerosa, veluti emptione, permutatione aut simili, aperto testamento pretium, quod

(e) *Pos.* 31. 32. (f) *Pos.* 30. (g) *Pos.* 34. (h) *Pos.* 33. (i) *Pos.* 35.

(1) *Confer Jos. Averan. interpret. Jur.* lib. 2. Cap. 13. n. 10. & *seqq. ubi erudite exponit quid esset militia de qua toties in jure nostro fit mentio, & quid legato militiæ contineretur.*

(2) *Qua ratione illa regula procedat, exponit Bartol. Chesius de different. Jur. Cap.* 60.

Digitized by Google

quod ipsi abest, ab herede potest petere; Idemque procul dubio dicendum erit, si Testator rem alienam legaverit, quam is modo jam emerat, sed cujus pretium nondum solverat. Id enim vel ab herede præstandum, vel solutum a Legatario actione ex testamento recuperandum. Adeoque in effectu nihil refert, utrum alienam rem ponas emptam ante factum testamentum, neque dum solutam, vel post testamentum ante mortem Testatoris, vel denique post mortem, antequam ab herede fieret redemptio. Verba enim & rationes textuum, inter hos casus nullam admittunt distinctionem, §. 6. *h. l.* 34. §. 7. *& l.* 34. §. 5. *de Leg.* 1. ubi casus paulo diversus, sed eadem est ratio; Proponitur enim Legatarius ab herede ipso emisse rem legatam, & dicitur, si pretium non solverit, rem sine pretio; quod si jam solverit, rem una cum pretio recuperaturus. Plura ad hanc rem, de quibus & *Scholiastes*, videbimus *ad ff.*

8. (k) Ab eadem ratione pendet altera quæstio in *d.* §. 6. An is, cui duobus testamentis eadem res legata fuit, ex utroque testamento fructu legati gaudere possit. Sane, si tam prudens aut felix fuerit, ut ex eo, quod prius apertum est, testamento, consecutus sit æstimationem, tum ex sequenti rem ipsam petere non prohibetur, quia verum est, rem eum non habere; At si res statim ei tradita fuerit, jam penitus transactum, frustraque de pretio postea laborat, quia cum rem sine onere nactus est, pretium ejus similiter tenet. Nam valor inest rei, ut corpori dimensio; sed non contra, valori inest Res; toto genere differunt pretium & id quod pretio æstimatur; Ita est in *l.* 88. *ff. de V S.* Adde *l.* 34. §. 2. *de Leg.* 1. ubi id docet JCtus, semel rem iterumque æstimationem in specie proposita exigi posse; Unde sequitur, rem ipsam bis non posse peti. Quæ ita accipienda sunt, si non modo diversæ scripturæ, sed diversi quoque Testatores fuerint: Nam si ab eodem Testatore eadem res duabus ultimis voluntatibus relinquatur, non tam sæpius legare testator, quam sæpius loqui videtur *l.* 66. §. 5. *de Leg.* 2. Idem in *l.* 86. §. 1. *de Legat.* 1. adeo ut ne quidem si prius æstimatio petita sit, res deinde peti possit. Aliud est, si quantitas eadem vel summa pecuniæ bis ab eodem in diversis scripturis legetur. Huic enim bis eadem summa præstabitur. Nam qui acceptis centum aureis, petit adhuc centum, minime dici potest, rem eandem petere, quia corpora nummorum, etsi numerus sit idem, diversissima sunt; hoc ita, nisi heres probare possit, quod Testator non bis legatum, sed prius duntaxat repetitum voluerit. *l.* 12. *de Probat.* Plane, si in uno Testamento quantitas una bis relinquatur, ea non plus quam semel præstabitur, nisi contraria Testatoris voluntas evidentissime approbetur. *d. l.* 34. §. 3. *de Leg.* 1.

9. (l) Vidimus, quid juris sit, si rem alienam Legatam, antequam sibi præstetur, Legatarius totam adquisiverit; dignum quæsitu est, quid eveniat, si quis fundum alienum sibi legatum non totum emerit, sed nudam ejus proprietatem duntaxat, ususfructu penes dominum manente, qui tamen mox finitus cum proprietate fit consolidatus, qui casus tractatur in §. 9. Aperto enim testamento, res legata reperitur apud Legatarium, titulo, quod ad proprietatem oneroso, quod ad usumfructum lucrativo; Quæritur, an Legatarius fundum simpliciter, id est totam ejus æstimationem, petere possit; Ratio dubitandi, quia usumfructum lucrative tenet, unde non hujus, sed ex ratione §. 6. dominii nudi pretium petere debeat: Justinianus respondet, actionem nihilominus recte de fundo simpliciter institui. Nam ut nuda proprietas etiam est dominium, & proprietarius dominus; *l.* 57. *de Usufr. & passim*: ita fundus quoque, ususfructu detracto, fundus est; proinde qui jus tantum ad proprietatem habet, non agit male, si fundum petat. Mentio ususfructus omissa non magis nocet, quam si quis fundum petens, servitutis ei impositæ non meminisset; ususfructus enim, qui est servitus personalis, non pluris quam servitutes rusticæ vel urbanæ hac parte æstimatur, ut Imperator affirmat. Verum ut sæpe actoris intentio Judicis officio temperatur, ita hic, postquam heres replicavit probavitque, usumfructum sine onere ad Legatarium pervenisse, partes sunt Judicis, æstimationem inire, quanti sit nuda proprietas subducto usufructu, neque plus Legatario præstari jubebit, quam proprietas sola, priusquam secundo eventu ususfructus afflueret, valere poterat. *d.* §. 9. *& l.* 82. §. 2. *de Leg.* 1. Hæc est perspicua hujus versiculi explicatio, quam & Theophilus expressit, alii reprehendunt.

10. (m) Sic igitur Legatum rei alienæ valet, tametsi sæpius in pretii solutionem resolvatur; non perinde legari potest Res propria Legatarii, quamvis ipse per fideicommissum juberi pos-

(k) *Pos.* 37. (l) *Pos.* 36. (m) *Pos.* 38.

possit, eam alteri ut præstet, §. 1. *I. de singul. reb. per fideic. relict.* sed si testator rem amico propriam ipsi leget, tametsi putet suam esse, Legatum ab initio nullum est, adeo ut non modo rem ipsam (quod per naturam fieri nequit, scil. dominum fieri qui jam dominus est) sed ne pretium quidem petere possit, quia Legatum inutile est ac nullum. §. 10. *h. t.* Et quidem usque adeo nullum, ut ne valere quidem incipiat, postquam Legatarius eam seu sciens sive ignorans alienaverit, *l.* 41. §. 2. *de Leg.* 1. tametsi tum is casus existat, qui exitum habere eo tempore possit, quo testamentum incipit habere effectum, scilicet mortis. At potentior Regula est, quæ Catoniana dicitur, a Catone vel Catonibus JCtis, §. 32. *in fine l.* 2. *de O. J.* definiens, Legata, quæ non valuissent, si tempore facti testamenti decessisset Testator, ea non subsistere, quocumque tempore Testator decedat, *l.* 1. *de Reg. Caton.* sive, quod ab initio inutile est, id tractu temporis non convalescere; nisi Legatum sub hac conditione relictum sit: *si Legatarius rem alienaverit*, *l. pen. eod.* Quæ si mens sit Celsi in *d. l.* 1. §. 2. nempe, si fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, tibi legatus est; *si eum vivo Testatore alienaveris*, idque tu feceris, eo casu fundum tibi deberi: jam nulla collisio erit inter *d. l.* 41. §. 2. *& d. l.* 1. §. 2. Sed si illa verba in *l.* 1. *si eum vivo Testatore alienaveris*, non sint Testatoris conditionem adjicientis, verum JCti factum proponentis, ea se prodit ἀντιλογία, quæ difficillimam explicationem recipit; quatenus adhuc apparet. Sequemur igitur, quod nos explicat ἀντινομίας agnoscendæ necessitate, nec est im probabile, quod diximus.

11. (n) Post multiplices de re aliena species; Una superest in §. 12. quando res tempore facti testamenti fuit propria Testatoris, sed mortuo eo, reperitur aliena, facta ab ipsomet alienatione; Equidem, si de animo constet, eum legatum adimere voluisse, nihil quod petat habet legatarius. Ad hoc autem dijudicandum, distinctio recepta est, utrum voluntaria an necessaria fuerit causa alienandi. Nam si, ut æri alieno pareret, vendiderit aut in solutum rem dederit, pretium adhuc recte petetur, quia non creditur alienasse animum a legatario testator, sed necessitati obsecutus; nisi liquido ab herede probetur, mutatam fuisse omnino voluntatem, *l.* 11. §. 12. *de leg.* 3. scilicet, quod cum posset se rebus aliis vendendis expedire, nullas tamen potius quam res legatas, ne gauderet legatarius, distraxerit. Si vero constet, alienandi rationem fuisse prorsus arbitrariam, haud dubia res est, quin animus adimendi ex ipso facto sufficienter eluceat, veluti in donatione *l.* 18. *de adim. vel transf. leg.* similibusque, de quibus accipiendi textus in *l.* 8. *de leg.* 1. *l.* 15. *de Adim. vel transf. leg. l.* 1. *&* 3. *de pecul. leg.* Quod si rem postea redemerit Testator, legatum semel extinctum non reviviscit, nisi de nova voluntate constet, *l.* 15. *de adim. vel transf. leg.* excepto, ut videtur, libertatis legato. *l.* 53. *de manum. test.*

12. (o) Pergamus agere de rebus, quæ legari solent. *Tam*, inquit Justinianus, *res corporales legari possunt, quam incorporales*, in §. 21. *h. t.* (cujus sententiam anticipabimus) jura scilicet, ut servitutes, nomina & actiones, item pignora. *l.* 26. *de pignor. act.* Nomen sive actio legari dicitur tripliciter: I. Quando Testator id quod sibi a Tertio debetur, Secundo legat. *d.* §. 21. II. Quando Testator remittit legatario quod ipse debet, quod est liberationis legatum. §. 13. *h.* III. Quando Testator legat suum debitum, quo ipse legatario est obstrictus. §. 14. *h. t.* Prima species dicitur proprie Nominis Legatum. Sic, inquam, Nomen legari dicitur, quando Testator id quod sibi debetur ab alio, Tertio legat, cujus hic est effectus, non ut jus obligationis immediate in legatarium transeat (hoc enim personale penes heredem est, qui personam defuncti repræsentat) sed ut heres actionem adversus debitorem hereditarium legatario cedat, *d.* §. 21. *l.* 44. §. 6. *& l.* 75. §. 2. *de leg.* 1. quanquam ad evitandas ἀμφιβολίας, insuper habita cessione directarum actionum, legatarius immediate utiles actiones contra debitorem instituere potest. *l.* 18. *C. de Legat.* Recte etiam quod legatarius ipse debet, quanquam id in dominio habet, ei legatur, §. 13. *h. t.* quod *liberationis* legatum dicitur, quia non ipsæ pecuniæ debitæ relinquuntur; sed vinculum obligationis, quo legatarius defuncto erat obstrictus, remittitur; adeoque juris id legatum est, ut nulla sit ratio dubitandi, quin valeat hoc legatum, tametsi olim dubitatum videatur, ut innuit *l.* 3. *de liber. leg.* cui adde *l.* 1. *in pr. eod.* Forma hujus legati est; vel ut testator summam sibi debitam leget aut remittat, aut heredem damnet, ne petat, *l.* 2. *eod.* vel chirographum, aut obligationis instrumentum tradat, *l.* 3. §. 1. sed redditio pignoris

(n) *Pos.* 5. *tit. seq.* (o) *Pos.* 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14.

Digitized by Google

pignoris arguit remissionem oneris hypothecarii, non ipsius debiti, nisi voluntas testatoris appareat, cujus præsumptio favorabilis dicitur. *l.* 1. §. 1. *eod.* Effectus legati est, non ejusmodi liberatio, qualis per solutionem vel acceptilationem contingit, sed qui in eventu spectatur. Ipso jure debitor manet obligatus, sed ab herede conventus habet exceptionem doli, *l.* 3. §. 2. aut ultro heredem compellare potest, ut se per acceptilationem liberet, ipso jure. §. 3. Potest etiam coarctari legatum, ut pro parte debitum remittatur, *l.* 7. *in pr.* vel in gratiam unius personæ, non heredum ejus, *l.* 8. §. 3. denique ad tempus duntaxat ne petatur, quod vere liberationis legatum non est. *d. l.* 8. §. 1. Cæterum, quia vinculum esse debet inter testatorem & legatarium, cujus respectu legatum esse dicatur, manifestum est, sub liberatione simplici non contineri remissionem actionis in rem, sed ad hanc opus esse, uti res ipsa legetur; hinc, si cui liberatio a ratiociniis reddendis legetur, ab eo reliqua pupilli pecunia nihilominus exigi potest, ut Scævola docet in *l.* 28. §. 4. *d. tit.* quæ res tamen non caret aliqua difficultate, cum propter *l. ult.* §. 2. *eod. tit.* tum per ea quæ Scholiastes noster observat ad *posit.* 12. *h. t.* sed reservemus eam Pandectis *titulo parallelo*. Hoc addamus; quod Scholiastes etiam prosecutus est ad positionem hanc.

13. Quod si Testator sit professus se alicui debere centum, quos ei non debet, eosque restitui jusserit, centum peti possunt, non ut debitum, sed ut fideicommissum, *l.* 88. §. 10. *de legat.* 2. utique, si testator animum legandi (α) habuerit, cujus probatio incumbet modo legatariis, *arg. l.* 34. §. 3. *eod.* (β) modo heredi, *l.* 18. *pr. de aur. mund. arg. leg.* prout huic aut illis favet præsumptio. (γ) Potest fieri aut prorsus exigi nequeat, nisi legatarius probet vere sibi deberi. *arg. l.* 27. *de probat.* (δ).

SCHOLIUM.

(α) *Potius dic, fideicommittendi. Si enim verba legandi adhibuerit testator, nullum dubium esse potest, quin legare voluerit. Si vero jusserit debitum restitui Mævio, incertum est, an his verbis fideicommissum contineatur, an sola contestatio heredis, ut debitum solvat.*

(β) *Sed hoc argumentum non admitto, tum quia Modestinus non loquitur de casu, de quo thesis est formata, tum quod argumenta textuum contra textus expressos, qualis est textus* l. 18. pr. de auro & arg. leg. *nihil valent.*

(γ) *Sed mallem, ut ostendisset Autor, fundamentum præsumptionis, unde ex* l. 34. de Legat. 2. *argumentatus est, probationem incumbere legatariis.*

(δ) *In hac quidem lege circumstantia, quod legatario non nisi ad certam summam legari poterat, facit aperte præsumptionem contra eum. Ergo dicerem, in casu* d. l. 88. §. 10. *regulariter præsumptionem esse pro legatario per* d. l. 88. in pr. *Exceptionem vero contineri* in d. l. 27.

RESPONSIO.

Non sum alienus ab hac conclusione, quam & positio mea præfert, & fundata est in d. l. 88. §. 10. & d. l. 18. in pr. *pariter. Sed hoc non obstat, quominus ob alias præsumptiones a Legatario exigi probatio possit, ut sane fit* in d. l. 34. §. 3. *ubi testator nihil suarum rerum penes uxorem esse dixerat, eoque nomine eam inquietari vetuerat. Fundamentum præsumptionis esse potest in verbis minus validis, vim legandi aut fideicommittendi (inter hæc discrimen immerito captatur a Schol.) continentibus.*

N. ADDIT.

Bene, quod Autor non sit alienus ab hac conclusione. An vero positio eandem sententiam præferat, alii judicent. Textus l. 34. *ad quæstionem præsentem, ubi de verbis fideicommissi constat, plane non quadrat, quia illa verba nec legatum nec fideicommissum continent, sed demum per conjecturam voluntatis eo trahuntur. Denique scio, quod fideicommissa & legata sint exæquata, adeoque in ipso genere differentiam non quæro. Interim hoc non obstante, potest in speciebus fideicommissorum & legatorum, ex ipsa vi verborum differentia in effectu remanere, uti ex Institutionibus notum est, alium effectum esse intuitu Juris Patronatus, si libertas legata vel per fideicommissum data sit.*

14. Extinguuntur legata liberationis & nominis, quoties debitum a vivo testatore exactum (ε) est, *d.* §. 21. *h.* si sponte solutum, consideratur an testator animum adimendi habuerit, *l.* 11. §. 13. *de leget.* 3. utique regulariter debito peremto, legatum tollitur tanquam rei interitu. *l.* 21. *de liberat. leg.*

SCHOLIUM.

(ε) *Si modo animo adimendi exegerit, qui non præsumitur, si necessitate urgente exegerit. d.* l. 11. §. 12. & 13. *Et ita limita* l. 21. de liber. leg. Quid si testator cœperit agere ad repetendum debitum? Dicendum est, non revocatum censeri *arg. l.* 27. §. 3. *de Instr. vel Instrum. leg.* juncta *d. l.* 11. §. 12. & 13.

Solutio vel peremptio debiti, quæ post mortem accidit, non tollit legatum, quia dies legati statim a morte cedit, hoc est, peti potest, *l.* 5. §. 1. *Quand. d. leg. ced. l. un.* §. 1. *&* 5. *C. de Caduc. toll.* secus erat, cum dies cederet ab apertis tabulis. *l.* 24. *de liber. leg.*

15. (p) Equidem liberatio cum lucrosa sit, quominus merito legati titulum ferat, nihil erat scrupuli; verum, an testator quod ipse debet, id creditori suo legare possit, difficilius quæri videbatur. Sed decisum est, valere legatum, si plus sit in legato, quam in debito, secus non valere, §. 14. nimirum, *si neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur*. *l.* 29. *de Leg.* 1. Plus inesse videtur, ubi conditionale vel in diem debitum legatur pure, *d.* §. 14. vel si debitor idemque testator exceptione tutus fuerit, (remissa enim tunc beneficio legati videtur) aut cum id, quod actione prætoria debetur, legatum est, quia melior est actio civilis ex testamento. *l.* 28. *de leg.* 1. Quid si nihil debeat legatario testator? *Quantitate non adjecta, constat nullum esse legatum*. *l.* 75. §. 1. *de leg.* 1. si quantitatem adjecerit, placet causæ defectum falsæ demonstrationis instar haberi, ac utile esse legatum. *l.* 25. *sub fin. delib. leg.* Perinde si maritus uxori indotatæ dotem relegaverit, si quidem dixerit, quam rem aut summam dari vellet, utile est legatum; si dotem simpliciter designaverit, nihil scilicet est, quod petatur. §. 15. *h. t.* Alioqui valet sane legatum dotis, etsi ab uxore etiam sine ultimo viri elogio repeti potuisset, quoniam plenior est actio ex testamento, quam erat illa vetus rei uxoriæ; quippe per hanc dos tribus demum pensionibus solvebatur; at legati persecutio peremptoria est; hodieque, etsi pensionum intervallis abolitis, manet tamen præstantia actionis testamentariæ præ dotali, quia secundum hanc maritus ad res mobiles non nisi post annum restituendas tenetur. *l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.*

16. (q) Sed operæ pretium est scire, quid juris sit, ubi res legatæ aliquo casu deperditæ fuerint. Et quidem culpam certum est omnem ab herede præstari, *l.* 47. §. *pen. de leg.* 1. quanquam solius legatarii hac parte utilitas vertatur. Etiam ubi culpa abest, si tamen facto heredis res desierit salva esse, non est dubium, quin teneatur, licet ἄνευ προαιρέσεως, *ignoranter* rei perdendæ distrahendæve occasionem dederit, §. 16. *h. t.* etenim omnimodo æquius est, factum cuique proprium, quam alii nocere alienum, *l.* 25. §. 2. *in f. ad SC. Treb.* si casu mere fortuito, aut facto alieno res legata perierit, nulla mora ab herede facta, ratio monstrat, legatarium, qui dominus est, ferre periculum & damnum rei suæ. *l.* 36. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 23. *de V. O.* Culpæ æquiparatur heredis mora, post quam heres luere jacturam tenetur, tametsi interitu naturali res perierit, qui apud ipsum quoque legatarium contigisset; potuit enim legatarius rem, si in tempore accepisset, vendere & effugere damnum, *d. l.* 47. §. *ult.* nisi plane constet, eum id non fuisse facturum, sed fatali casu rem etiam apud legatarium, etsi confestim tradidisset heres, opprimendam fuisse, per *l.* 14. §. 1. *in f. Depositi*. & *l.* 15. §. *ult. de R. V.* Si pro parte res intercideri, habemus regulam, id quod superest recte a legatario peti; toto enim legato singulas ejus partes legatas esse intelligimus, quod exemplo gregis ad unum pecus redacti declarat Justinianus in §. 18. *h. t.* quod secus in usufructu esse alio loco intelleximus. Sed est ita, ut diximus, ubi una res legata est; una autem censetur tribus modis, auctore Pomponio in *l.* 30. *pr. de usurp. & usucap.* Quædam enim res continentur uno spiritu, homo, tignum, lapis; quædam ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohærentibus, ut ædificium, navis, armarium; alia ex distantibus constant uni nomini subjecta, ut populus, legio, grex, item familia, *l.* 29. *in fin. pr. de V. O.* chorus, *l.* 79. *in pr. de leg.* 3. eadem dici possunt unita, connexa, aggregata. Sed res principalis cum accessoria, ut ancilla cum suis natis, equa cum pullis, servus cum peculio, ordinarius & vicarius, fundus cum instrumento, & similia, non rem unam, sed plures constituunt, nec sequuntur legatarium, nisi expressa, ut satis constat.

17. Scrupuli plus est, quando principalis res periit, an accessoria possit peti, de quo agit Justinianus in §. 17. Continetur hæc res certa regula, quam habet Gajus in *l.* 2. *de pecul. leg.* Nam ait, *quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res perempt e fuerint;* quæ vero usum per se habent (*nec accessoria sunt*, addit Scholium *ad Pos.* 29.) extincta re principali, nihilominus adhuc peti possunt. Secundum hæc ancilla cum suis natis legata, mortuaque ancilla, nati nihilominus debentur, ut & vicarii servi, sublatis ordinariis. Sed extincto servo, peculii pariter relicti legatum ex-

(p) *Pos.* 15. 16. 17. 18. (q) *Pos.* 27. 28. 29.

Digitized by Google

extinguitur, quia peculium absque servo nullum; sic penu legata & absumta, ne vasa quidem debentur. *l.2. & 4.pr. de pen. leg.* Idem videtur, si equus cum ornamentis sit legatus, equo ante testatorem (id semper intelligitur) mortuo, ornamenta, quæ sine equo nullum habent usum, peti vix poterunt. Illud ipsum affirmat Justinianus, quando fundus cum instrumento legatur, quod est verum; sed quod idem scribit, obtinere in fundo instructo, in difficultatem impingit. Paulus enim in *l.5. de instructo vel instrum. leg.* notat Labeonem, quod inter illa duo legata nihil interesse putaverit; *nam inter ea legata hoc interest*, ait, *quod si, fundo alienato, mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hac scriptura*: fundum cum instrumento, *nihil erit legatum, ex cæteris poterit instrumentum esse legatum*. Parum abest, quin Justinianus improbatam Labeonis sententiam secutus videatur, sed est diversæ locus interpretationi: Fundi instructi legatum plenius est quam fundi cum instrumento, *quam sententiam quotidie increscere* & *invalescere*, testatur Ulpianus in *l. 12. §. 27. de instr. vel instrum. leg.* scilicet, fundi instructi legatum continet omnia, quæ in prædio collocata sunt, eo, uti instructior esset paterfamilias, ut non tam agri instrumentum quam proprium suum instrumentum testator illis verbis reliquisse videatur. *d. §.27.* Fundo igitur pereunte aut alienato, dicendum est, instrumentum fundi, id est ea, quæ fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt, & sine quibus possessio exerceri nequit, (*l. 8. in pr. l. 12. in pr. d. tit.*) sequi causam fundi, neque deberi, ex mente Justiniani in *d. §. 17.* sed patrisfamilias instrumentum, quod ad personam ejus pertinet instruendam; hoc cum non sit accessio necessaria fundi, nihilominus recte peti videtur, juxta Paulum in *d. §. 27.*

Cæterum, quod supra diximus, ancilla mortua, natorum non extingui legatum, id in brutis animantibus Joannes Faber & Aretinus & cultissimus Balduinus ad *hunc §.* aliter se habere interpretantur, cum quia fœtus humani duntaxat mentio fit, tum quia ratio discrepet: Nam quod nati pueri matris accessio non habeantur, *facit dignitas*, ait Bald. *humanæ naturæ, quæ cum nulla sit in brutis, rectius in illis potest accessionis loco haberi, ut legata scropha cum suculis, non debeantur suculi sine matre.* Atqui non hanc petitam a dignitate rationem reddunt JCti, cum, ancilla mortua, partum superesse volunt petendum, sed, *quia duo legata sunt separata*, inquit Ulpianus in *l.3. de pecul. leg.* atqui & in brutis genitrix cum fœtu pridem edito diversa legata intelligenda sunt: etsi enim fœtus, dum nascitur, jure accessionis sequatur ventrem, quia pars ejus fuit, nusquam tamen legimus, fœtum ab utero separatum, respectu quæstionis postea supervenientis, denuo accessionis jure censeri, quod alias explicavimus. Quod accessio erit, debet esse vel pars rei, vel propter rem aliam esse comparatum, quorum neutrum de fœtibus bestiarum ratione parentum affirmari potest, nisi tempore legati relicti fœtus adhuc in ventre siti fuerint.

18. Cæterum hæc omnia de legato, intercidente vivo testatore, intelligenda sunt. Nam si post mortem ejus res pereat, quicquid de re superest, seu pars rei principalis sive accessorium, id sine dubio recte petitur, *l.12. de pecul. leg.* nisi quod de servo vestito Celsus tradit, cum eo secus comparatum esse, *l.13. eod.* forte quod vestis legata non censeatur, verum servus duntaxat, etsi vestis ei cohæreat; nam etiam deposito servo vestito, vestis deposita non intelligitur, *l.1. §.5. depositi*, ubi cum idem de equo & capistro statuatur, tentari potest, equo frenato legato mortuoque, licet post testatorem, frenum non deberi. Quod autem *mortuo bove qui legatus est neque corium neque carnem deberi*, Paulus ait in *l. 49. pr. de leg. 2.* non video, quare de morte post testatorem sit accipiendum, ut putat Balduinus, & carpit eo nomine Paulum Autumnus in *censura jur. Rom. ad l. 49.* Potius sub regula communi id comprehenderemus, quod ex re nostra superest, id esse nostrum ejusque nos vindicandi jus habere. *l.49. §.1. ff. de R.V.* Sed bovem oportet intelligi vivo testatore mortuum; tum caro & corium non debentur, quia res legata, quæ bos fuit, extincta est, sic ut rei interitu pereat legatum. Quemadmodum autem interitu partis legatum minuitur, ita ratio dictat, augmentum rei legato accedens augere jus legatarii, (r) ut Imperator declarat exemplo gregis aucti ovibus post conditum testamentum, in *d. §. 18.* nec non ædium, quibus columnæ & marmora deinde adjecta sunt, *§. 19.* sed in augmento peculii legati (s) distinguitur, utrum ipsi manumisso sit legatum peculium, an extraneo: si servo, tum quod jacente hereditate accessit (nam quod vivo testatore adjectum est,

(r) *Pos. 25.* (s) *Pos. 26.*

Digitized by Google

est, sine discrimine cedit legato) debetur legatario, quoniam dies libertatis legatæ cedit ab adita demum hereditate, *l. 7. in f. & l. seq. Quand. di. leg. ced.* quicquid autem tempore diei cedentis in legato reperitur, id legatarius adquirit, *l. 8. §. ult. de pecul. leg.* sed cum extraneo peculium legatur, tum dies legati cedit, quemadmodum semper in puris legatis cedere solet, a morte testatoris confestim, *l. 2. cum 3. seqq. Quand. dies leg. ced.* ideoque augmentum post obitum testatoris accedens tum, cum dies cedit, in legato non reperitur; nisi ex ipsis peculii rebus confectum, id enim semper peculii esse judicatur, juxta §. 20. *h. t.* Nimirum ejusmodi intelligimus augmenta sequi legatarium, quæ rebus ipsis cohæreant & partem illarum faciant, non quæ sint ejusdem duntaxat generis: nam si testator omne suum aurum & argentum, omnem suam vestem leget, traditum est, eas tantum vestes, id auri argentique deberi, quod fuit tempore conditi testamenti, non quod postea comparatum *l. 7. de aur. & arg.* nisi alia voluntas appareat. (3)

19. (t) Postremum, quod de rebus legatis tractat Imperator, id est de legato generis atque optionis in §. 22. & 23. *h. t.* Genus a JCtis passim usurpatur pro eo, quod plura individua continet, id quod Logici speciem vocant; nostri autem vocare speciem solent rem certam & in numero definitam. Inde quid sit Legatum generis intelligitur, quando id quod relinquitur, sub communi nomine res plures appellationi isti subjectas comprehendit; debet autem ejusmodi esse genus, quod individua immediate sub sese habeat, genus infimum, quod redigi non possit ad rem vilissimam. Nam si animal aut bestia legetur, quia nomen hoc rebus minimis congruit, ridiculum potius quam utile erit legatum. Ne quidem fundi legatum satis commodum est; singula enim prata, singulæ vineæ, singuli horti, singula oliveta, pomaria, salicta, arbusta, pascua, nemora, aucupatoria, venatoria, piscatoria loca, fundi omnes appellari possunt, ut docet Valla *l. 6. eleg.* 41. atque adeo *quælibet portio fundi poterit fundus dici*, scribit Ulpianus in *l. 69. de V. S.* quin & Papinianus, *fundo non demonstrato, nullum* ait *esse legatum*, in *l. 69. §. 4. de jur. dot.* quanquam si testator habens plura prædia pluresque fundos, legaverit simpliciter fundum, utique ex iis unum deberi legatario, admodum civile dictu est, de quo vide D. Vinnium ad *hunc* §. Supponendum præterea est, generis quod reliquit, copiam esse in hereditate, *nam si domus sit legata, & testator nullas ædes reliquerit, magis derisorium est, quam utile legatum*, habetur *in l. 71. pr. de leg.* 1. Nam ut heredem oneratum credamus ad domum legatario aliunde comparandam, id a jure abhorrere videtur. Neque enim rei alienæ legatum, quod sic satis est anomalum, ultra terminos legibus positos facile producendum est; quanquam neque illud incivile foret, si diceremus, domo legata a testatore, qui nullam habet, heredem pro viribus hereditariis & conditione legatarii justam ei præstare æstimationem debere, de quo rursus adi Vinnium, quem hactenus audi, ut nec rigide nimis Legum verbis insistas, nec facile ab earum sententia recedas. Posse fieri, ut generis legatum, etsi nulla species in hereditate sit, debeatur, concedamus, sed regulam esse, *non deberi*, omnino teneamus; Prudentiæ judicis in talibus aliquid esse largiendum, sed parce sobrieque, usu didicimus. Exemplum si velis; Juveni ad rem equestrem animum adjicienti, legatus est equus ab amita cum equitis instrumento, quorum nihil erat in hereditate. Deberi tamen, respondere non dubitavi, cum esset generis legatum.

20. Sed multum interest, utrum genus simpliciter, an electio libera ex omnibus sub genere speciebus relinquatur, quod legatum optionis appellatur, a quo an discrepet legatum generis, cum libero arbitrio eligendi quamcumque speciem voluerit, ut vult Vinnius ad *d.* §. 23. *in fin. pr.* haud facile dixerim. Utique enim & in hoc, quemadmodum in optione, legatarii electio liberrima esse videtur, ut quam velit, optimam quoque speciem capere possit legatarius, *l. 2. §. 1. de opt vel elect. leg.* quod si in plurali numero scyphorum electio sit data, quamvis alioqui terminus pluralis duorum numero contentus est, plenius tamen ultimas voluntates interpretamur, ut trium facultas sit eligendorum, *l. 1. d. tit.* semel autem facta electio, mutari pœnitentia non potest, *l. 20.* (4) nisi facta sit ante aditam hereditatem *l. 16.* aut speciebus non omnibus exhibitis *l. 4. eod.* aut si rem alienam, vel quæ non

(t) *Pos.* 20. 21. 22. 23. 24.

(3) *Dilucide hæc exponit vir clariss. Jos. Averanius interpret.* lib. 4. cap. 23.

(4) *An & quando electio facta mutari pœnitentia possit, ingeniose exponit Barth. Chesius interpret.* l. 1. c. 10. n. 12. & seqq.

non est in commercio, optaverit, *l.*2. §.2. Olim hoc legatum morte legatarii ante electionem extinguebatur, hodie ad heredem transmittitur & purum habetur. §.23. *h. t.* In simplici legato generali est etiam, ut dictum, electio legatarii, *l.*20. *& l.*108. §.2. *de leg.*1. adeo, ut si quam ex speciebus repudiaverit, adhuc eandem eligere possit, *l.*18. *de opt. vel elect. leg.* sed non est tam absolute libera, si quidem ex speciebus optimam legere ei non conceditur, neque ad pessimum accipiendum tenetur, *l.*37. *pr. de leg.* 1. hoc ita, si non apparet testatorem habuisse in animo certam speciem legatario praestandam; nam si id liqueat, & tamen non constat quae sit illa species, electio est heredis, *d. l.*37. §. 1. *& l.*32. §.1. *eod.* ubi verba, *quem elegerit, debet praestare*, aliqui ad legatarium, ad heredem alii referenda putant; simplex resolutio est, *heres debet praestare quem elegerit*, est continuatio ejusdem personae. Quod disjunctive relictum, aut hoc aut illud, simile est optionis legato, *l.*34. §. *pen. de leg.*1. *l.*23. *de Legat.*2. *& l.* 19. *de opt. vel elect. leg.* eod. adhibito discrimine, quod supra collocatum, utrum per damnationis modum an vindicationis relinquatur, quod hac in parte non potest videri sublatum, quin perspicuum exprimit indicium voluntatis defuncti; si enim dixerit, *heres meus damnas esto dare hoc aut illud, vel jubeo heredem meum dare hoc aut illud*, satis evidenter dationis ab herede fieri vult initium, idque non obscure colligitur ex *l.*45. §.1. *de leg.*1. sed clarius ex *l.* 43. §. *ult. de leg.*2. Longe diversa mens testantis liquet in verbis, *Titius hoc aut illud capito, habeto* (5).

S c h o l i u m.

Sed nescio, an numerus 5. hic, *istam responsionem Autoris admittat. Mihi ita videtur: Africanus in* l. 108. §.2. de leg.1. *innuit, olim de hac quaestione dubium fuisse, ipse vero pro legatario definit, Contra Ulpianus* l.32. & 37. §.1. eod. *videtur stare ab eorum partibus, qui electionem heredi tribuunt. Pomponium quod attinet, ad ejus forte mentem quadrabit distinctio inter legatum vindicationis & damnationis, si de eo velis intelligere* l.20. de leg.1. *de hoc autem* l.45. §. 1. eod. & l.43. §. ult. de leg.2. *Caeterum Tribonianus in* §. 22. Instit. h. t. *amplexus est Africani sententiam.*

(u) *Pos.* 43. 44. 45. 46.

R e s p o n s i o.

In d. pos. 5. *scriptum est, distinctionem inter Legata damnationis & vindicationis esse sublatam. Id vero ita accipiendum est, ut naturalis diversitas sensus, quae cum verbis variat, nunquam sublata videri possit: hoc si teneas, argumentum positionis* 5. *nihil vetat uti responsione, quam collocavimus: Scholiastae explicatio antinomiam ponit in conspicuo, quam Lectoris arbitrio committimus.*

N. A d d i t.

In priori asserto Autoris cum ipso consentio, unde dubitanter locutus sum in Scholio, adhibendo vocem nescio. *Sed antinomiam subesse, vel ideo sibi Lector eo citius persuadebit, quod Autor ejus mentionem tam patienter ferat, qui alias ad tales sententias de antinomiis non sine indignatione respondere solet.*

Denique res, quae non sunt, ut animalia mortua, (*) nec esse queunt in rerum natura, nullo modo legari possunt; secus, si jam quidem non extent, futurae tamen sint. §.7. h.

S c h o l i u m.

(*) *Id est* animalia, quae mortua sunt, sed quae vivere credebat testator. *arg.* §.1. *Instit. de inut. stip. Nam animalia mortua, si ut mortua fuerint legata, cur non sint praestanda, caussam non video. Aliud, si cadaver hominis legatum fuerit, quoniam hoc est res religiosa & extra commercium.*

DE PERSONIS QUIBUS POTEST LEGARI.

21. (u) Transeundum est cum Imperatore ad personas, quibus legata relinqui possunt. Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est passiva; ut intelligantur, qui heredes institui possunt, tametsi jus faciendi testamenti non habeant. §.24. *h. t.* Sed olim personis incertis legata relinqui non poterant. Dicuntur autem incertae, quas testator confusa opinione animo suo subjecit, *περὶ οὗ ἐρωτώμενος τεστάτωρ οὐδὲν σαφὲς εἰπεῖν δύναται, de quo interrogatus nihil certi dicere potest testator,* ait Theophilus; veluti, quicunque filiam meam duxerit in uxorem; quicunque post mortem meam primus consul sit factus. His ideo nihil in testamento relinqui poterat, quia *certum debet esse testantis consilium*, inquit Ulpianus *in tit.*22. §.4. Legata scilicet testandi affectus caussa relin-

(5) *Ex hoc discrimine quod hac in parte fuit inter legata damnationis & vindicationis debet videri sublatum, & indistincte legatario competere debet electio. Ratio enim cur olim in legato vindicationis legatarius posset eligere, quaeque adfertur ab Africano in L. 108. §. 2. de leg. 1. hodie viget in quolibet legato quibuscunque verbis fuerit relictum. Confer Barth. Chesi. interpret. lib. 2. cap. 18.*

Digitized by Google

relinquuntur, qui non potest habere locum adversus eum, quem testator penitus ignorat. Potest Vatinius, potest Catilina prælatus Catoni aut Ciceroni Consul fieri, cui ex illa verborum generalitate honos legati deberetur; sic & filia testatoris potest nubere moribus aut genere indigno, ut legata tam imprudenter concepta adeoque præposteris eventibus obnoxia vim obtineant, dementiæ proximum videbatur. Quia tamen odiosa res est cohibere voluntates testantium, ideo si non prorsus vaga & diffusa incertitudo esset, legata facile etiam a veteribus sustinebantur. Primo enim personæ incertæ legatorum erant capaces, si sub numero plurium certarum personarum continerentur, cujusmodi exemplum a Justiniano profertur, *ex cognatis meis qui nunc sunt, si quis filiam meam duxerit, ei heres meus illam rem dato.* Quod si additum non esset, *qui nunc sunt*, evanidum foret legatum, quia non reperiret intentio testatoris ullum habile objectum. *d.* §. 25. Si etiam vivo testatore incertitudo ad certitudinem redigatur, peti potest quod relictum est, uti cum dixit testator, *Illis qui testamentum meum signaverunt, heres meus decem dato*, *l.* 14. *de reb. dub.* Summa quoque ratio exceptionis est, si quis remunerandi insignis beneficii causa incertæ personæ aliquid præstari jusserit, hoc esse adimplendum, ne superstitione præceptorum juris, contra naturam humanitatis trahamur, illiusque rei exemplum est in *l.*5. *de reb. dub.* ubi testator reliquit aureos tot ei, qui restitutionem sibi a relegatione ab Imperatore impetrasset, sive is foret unus ex heredibus, *sive quis aliorum*. Quæ verba satis refellunt eorum responsionem, qui incertitudinem in illo textu esse ajunt non absolutam, sed ex certis personis incertas fuisse designatas. Fuit hæc ipsa ratio, quare posthumo alieno, qui in potestate testatoris non erat nasciturus, legari non potuerit, consequenter nec heres institui, §. 26. *h. t.* quoniam persona erat omnino incerta; si quidem constare non poterat, mas an femina, ater an albus, imo an unquam homo esset futurus. Suus autem posthumus, qui cum nasceretur in potestate testatoris erat futurus, ideo heres instituendus erat, ne testamentum rumperet agnascendo; sed & alienus institui jam olim poterat, ut legimus in §. 28. *h. t.* jure videlicet prætorio, quia cum nascebatur, consequi poterat bonorum possessionem secundum tabulas, *princ. Inst. de bonor.*

(w) *Pos.* 47.

poss. de quo articulo videatur D. Vinnius *ad d.* §. Verum subjicit Justinianus *hanc speciem a se esse emendatam*, §. 27. *h.* laudata constitutione sua, quæ hodie non invenitur; ideoque dubium esse poterat, utrum emendatio tantum ad novissimam speciem de posthumis, an vero ad priora de personis incertis pertineret. Sed Theophilus adseverate, ad utrumque caput refert emendationem, *ἅπαν τοῦτο*, inquit, *τὸ τῶν ἐγκλήτων παραδόξων διώρθωσεν*. In sua editione distinguit noster Viglius, hoc sensu, *Totum hoc de incertis paradoxe institutum emendavit*; haud male; sed tum *παράδοξον* scribendum videtur; at subintelligi potest *παραδόξως* (*κείμενον*.) Nam fuit hoc revera *παράδοξον*, voluntatem testatoris non impleri quando ex eventu constabat, in quem liberalitas testatoris redundare deberet. Quidni enim valeat legatum tale? Quicumque ex meis popularibus oratione publica mihi parentavit, qui funeris mei dux erit, huic decem dari volo. Recte hodie quælibet dispositio testatoris non turpis aut impossibilis parendi necessitatem heredibus imponit. Quin & ipsum jus antiquum nullam subesse veteri instituto rationem naturalem, satis eo demonstravit, quod, si per errorem solutum esset legatum personæ incertæ, repetitionem sive indebiti condictionem negarent, ut Justinianus scribit in *d.* §. 25. Erat etiam hoc effugium ad evitandam scrupulositatem juris antiqui, ut heredi per modum conditionis implendæ aliquid personæ incertæ solvendum injungeretur, veluti, Titius heres esto, si fundum Cornelianum dederit ei, qui sororem meam in uxorem duxerit: nam quod conditionis implendæ causa dandum est, illud certis atque incertis personis relinqui posse & dari debere, Paulus respondit in *l.*4. *de reb. dub.*

22. (w) Denique, ad hunc articulum de personis pertinet, quod est in §. 32. & 33. servo heredis pure inutiliter legari, at servo herede instituto, legatum domino *ejus simpliciter posse relinqui. Ratio diversitatis, quia cum servo heredis* pure legatur, adquisitio hereditatis atque legati in idem tempus incideret, quod fieri nequit; cum nemo simul heres & legatarius esse possit secundum idem. Sed cum servus heres, dominus autem legatarius est, utrumque non fit eodem tempore. Nam legatum ipso jure post mortem testatoris immediate adquiritur, (6) hereditas demum per servum tunc, ubi dominus jusserit *d.* §. 33. Postea

(6) Non ipso jure a morte testatoris Dominium rei legatæ adquiritur legatario, sed hereditati, & tantum ab aditione hereditatis adquiritur legatario, uti probat l. 80. de leg. 2.

Digitized by Google

ea videlicet, ubi juſſu domini ſervus hereditatem adierit, legatum terminos habiles amittit, idque tum ſponte nullum fieri intelligitur, ut ibidem Juſtinianus.

DE JURE ACCRESCENDI.

23. (x) Sed revertendum ad §. 8. Juſtiniani, ubi de jure *Accreſcendi*, quem locum prætervecti ſumus, ut de Rebus legandis continuaremus: pertinet ad hunc articulum de perſonis. Sæpe fit, ut Teſtator rem unam diverſis leget perſonis, idque ſeparatim vel conjunctim. Separatim eadem res legari dicitur, quando partes realiter diſtinguuntur, aut pluribus eadem res in ſolidum relinquitur. Quod fit, cum aut diverſis heredibus præſtatio injungitur, aut alioqui mens teſtatoris legatum duplicari volentis indubitato elucet. Partes diſtinctas intelligimus, quando vel localis diſcretio eſt, ut *Titio partem quæ flumini; Cajo partem quæ viæ proxima eſt*; vel etiam partes ſimpliciter, at diverſo commate exprimuntur, velut *partem fundi Titio, partem alteram Cajo*. Hoc eſt, quod Ulpianus in *l. 1. de uſufr. accreſc.* legare *ſeparatim*, ait, *eſſe, cum unicuique pars rei ſit relicta*. Quod ſi uno verborum contextu duobus eadem res pro partibus legetur, ſeparati legatarii non intelliguntur, uti mox videbimus. Tertia ſeparationis eſt ſpecies, cum diverſi heredes rem unam diverſis legatariis præſtare jubentur, ut; *Titius heres eſto, iſque fundum Cornelianum Mævio dato: Cajus heres eſto, fundum Cornelianum Sempronio dato*. Quamvis enim hi duo in rem eandem vocentur, diverſitas tamen heredum & præſtationum aperte conjunctionem reſpuit. *l. pen. eod. tit.* Ad priorem ſpeciem pertinere videtur, ſi proprietas, deducto uſufructu uni, & uſusfructus ejusdem rei vel pars ejus alteri legetur. *l. 6. §. 1. eod.* Verum, ſi fundus ſimpliciter uni, uſusfructus alteri ſit relictus, hi duo in uſufructu conjungi cenſentur. *l. 3. §. ult. eod.* Conjunctio traditur in Jure triplex; Prima, quæ *Re ac verbis* fit, altera *verbis tantum*, denique *Re tantum*. Re verbiſque ſimul conjuncti ſunt, qui in eandem rem indiſtinctis partibus, unoque orationis complexu vocantur, velut *Titio & Sejo fundum Tuſculanum do lego*, vel *Titio cum Sejo*, *l. 36. §. 2. de Leg. 1.* aut etiam collective fratribus meis, nepotibus meis. *l. 13. in pr. l. 59. §. 2. de Hered. inſtit.*

SCHOLIUM.

Hoc tamen caſu, ſi unus ex fratribus ante mortem teſtatoris moriatur, non obſtante quod fratres & nepotes hic videantur verbis & re ſimul conjuncti, portionem ejus ſolis fratribus reliquis accreſcere puto, argumento l. 13. in pr. *junct.* d. l. 59. §. 2. de hered. inſtitut. *& ad rationem objectam reſpondeo, vinculum unionis fortius eſſe hoc caſu vinculo conjunctionis.*

RESPONSIO.

Nec aliud a me cogitatum eſt. Hæc verba fratribus meis, nepotibus meis, *tanquam exempla ſeparata poſui, ut fratres inter ſe, nepotes inter ſe, non fratres ac nepotes ſimul conjuncti intelligerentur. Bene tamen id heic ita motum eſt, expoſitionis ut cauſâ latioris daretur.*

Dein *Verbis* tantum, cum eadem quidem oratione diverſi in rem unam, ſed pro partibus vocantur, ſimplicibus tamen, non realiter diſtinctis, *Titio & Sejo fundum Æmilianum do lego ex æquis partibus*. *Re* tantum, quando re ipſa quidem ad rem eandem, diverſis tamen orationibus vocantur, quo reſpectu *disjunctos* aliquando appellari videmus. §. 8. *h. l. 1. §. 3. de uſufr. accreſc. & l. un. §. 11. C. de Cad. toll.* De his tribus formulis vide *l. 142. de V. S. & l. 89. de leg. 3.*

24. Porro ſciendum, diſcrimen inter relicta ſeparatim vel conjunctim nobile & eximium eſſe; Nam eorum quibus ſeparatim res relinquuntur, partes deficientes apud eos, a quibus erant præſtandæ, manent. *d. l. un. §. 4. & 8. C. de Cad. toll.* At quæ conjunctim legantur, ea ſi deficiant, collegatario conjuncto adquiruntur. *d. l. un. §. 11.* Deficere autem legata tribus modis ſciendum eſt; primo, quæ inde ab initio non valent, dicunturque *pro non ſcriptis* haberi; tum quæ vivo teſtatore per mortem eorum, quibus relicta erant, aut conditionis aliumve defectum, *in cauſam caduci* incidebant. Tertio, quæ poſt obitum teſtatoris ex ſimili defectu, aut repudiando intercidebant, eaque ſola veteres caduca appellabant. *d. l. un. §. 2.* ſed morte legatarii hodie caduca poſt obitum teſtatoris non conſtituuntur, quia non ut olim dies cedit ab apertis tabulis, ſed a morte confeſtim, *d. l. un. §. 1.* tralatitium autem eſt, legatarium poſt diem cedentem mortuum, tranſmittere ſuum jus ad proprios heredes. *l. 5. in pr. Quand. dies legat. cedat.* Quocunque igitur modo conjunctorum unus deficiat, ſive ab origine, ſive ante, ſeu poſt extinctum teſtatorem repudiando, pars ejus alteri advolvitur, jure *Accreſcendi*, quo forte vix aliud ſubtilius in arte

(x) *Poſ. 48. & ſeqq. ad. 66.*

Digitized by Google

te nostra traditur. Fundamentum ejus est præsumpta voluntas defuncti, qui deficientem partem creditur ad eum potius, cui rem eandem legavit, quam ad alium quemquam vel ad heredem, a quo rem legavit, velle devolvi (r).

25. Definiri potest, Jus, *quo pars deficientis conjuncto adquiritur*, legatario vel heredi; quippe in utrique locum & usum habet. Cujacius in *parat. de Usufr. accresc.* est Jus, inquit, *nanciscendæ aut retinendæ partis ejus, qui non concurrit vel concurrere desiit*. Verba *nanciscendæ* aut *retinendæ*, ad duplex jus, quod aliqui inculcant, respiciunt, nempe aliud esse Accrescendi, aliud jus non decrescendi. Illud in reliquis, hoc in Re tantum conjunctis obrinere. Cum enim hi solidum ab initio singuli habeant, si uno deficiente, solidum alter cum effectu adipiscatur, portio ejus non tam crescere quam non decrescere videtur, ut differit Justinianus in *d. l. un.* §. 11. Atqui Celsus in omni conjunctione ita comparatum esse affirmat, ut dicere liceat, *totam hereditatem & tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. l. 80. de leg.* 3. Idque res ipsa fateri cogit. Nam testator duos in rem eandem conjungens, ideo non in partes sed in rem totam singulos vocat, quia deficiente uno, superstiti rem totam prædestinat; concurrente autem utroque, cum sciat a singulis rem totam occupari non posse, vult scilicet, partes fieri. Prout autem vel concursus vel defectus magis ipsi ante oculos versatur, ita formulam conjunctionis huic magis quam illi scopo adtemperat. In conjunctione verbali de concursu maxime cogitat; ideo partium facit mentionem, non ut realiter eas distinguat, tunc enim conjunctio non foret; sed ut, quid fieri velit, legato ad utrumque perveniente, significet. In Reali formula testatoris sollicitudo exprimi videtur, reputantis, quot casibus fieri queat, ne uterque legato potiatur; Ita quasi unum duntaxat superfore crederet, distinctis periodis utrumque ad rem totam, quæ alterutri saltem obveniet, vocatum voluit. In mixta autem reali verbalique simul, uterque eventus tam concurrentis utriusque quam alterius deficientis consideratus videtur. Ideo neque partium in ea fit mentio, neque res tota singulis obnixe assignatur; uterque legatarius ita jungitur, ut tam partes singuli quam totum habere videantur. Summa, in omnibus conjungendi formulis singuli revera & partem & totum habent; adeoque & omnes conjuncti, Re sunt conjuncti. Differentia triplex a verborum conceptione oritur. Unde sequitur, non admodum esse necessarium, in Re conjunctis negare jus accrescendi, quia sane collegatarius deficiente altero, plus quam in concursu habuisset, adipiscitur; qui solus retinet, quod cum alio partiri debuisset, numquid is incrementum sentire negabitur? In conjunctis quoque ceteris jus non accrescendi intelligi posset, quoniam & hi ab initio rem habent totam; quæ cum postea ipsis obtingit, potius non minui legatum quam augeri videbatur. Contenti simus uno jure accrescendi; ne geminatis terminis etiam materiæ difficultas sic satis intricatæ duplicetur.

Verba ultima in definitione Cujacii, *qui non concurrit vel concurrere desiit*, continent aliam differentiam, quæ est inter proprietatem & usumfructum ejusdem rei duobus conjunctim relictum; Nam jus accrescendi in proprietate extinguitur, ubi primum legatarii concurrunt ejusque transmittendi ad heredes sunt nacti, sed in usufructu jus accrescendi, dum vivunt legatarii, semper obtinet, ita ut, moriente uno, ususfructus cum proprietate non consolidetur, sed alteri conjuncto accrescat. *l.* 1. §. 3. *de usufr. accresc.* ubi & ratio redditur, quod proprietatis adquisitio uno temporis puncto fiat, primoque adquirendi actu ita consummetur, ut adquisitor postea mortuus nullo modo deficere dici possit. At ususfructus natura maxime in exercitio percipiendi fructus consistit, semperque & *quotidie constitui*, quotidie *legari* videtur, ut est in *d. l.* 1. §. 3. unde ususfructus, quocunque fructuarius tempore moriatur, respectu futuri adhuc deficere videtur; Ac ita quocunque tempore *non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum*, ait Ulpianus in *d. l.* 1. §. 3. *in fin.* Videtur alia reddi posse ratio clarior & simplicior, in §. *ult. supra de usufr.* quod ususfructus cum proprietate non consolidetur, nisi totus fuerit finitus; Unde sequitur, si conjunctim duobus ejusdem rei fructus legetur, uno quandocunque moriente, partem ejus alteri accrescere, quia ad heredem transire nullo modo potest, neque ad proprietarium, propter regulam *d.* §. *ult.* Sed vereor, ne non tam jus accrescendi post concursum ex illa regula derivatum, quam regula ista ex continuo jure accrescendi sit orta. Quid enim impedit, usumfructum pro parte finiri & ad dominum redire? V. *l.* 74. *de C. & D.* an hic partis emolumentum

non

(r) *De origine & fundamento hujus juris consule Corn. Van-Bynkershoek observat. lib.* 2. *Cap.* 1.

non perinde potest percipere ? Sed obstat, quod conjunctus accrescendi jure præferatur: Et hinc regula, usumfructum pro parte non finiri, sed partem ei, qui partem habet alteram, adquiri.

Habet locum jus accrescendi inter omnes quacunque formula conjunctos. *l. un.* §. 5. & *seqq. C. de caduc. toll.* Et quidem de his, qui re & verbis simul junguntur, nulla dubitatio est; de Re conjunctis sunt textus in *l.* 89. *de leg.* 3. & §. 8. *I. de leg. l.* 30. *de C. & D.* in quibus separati, nempe quod ad commata orationis, dicuntur. Haud de nihilo quæritur, an accretio obtineat, cum duobus eodem quidem testamento, sed non continuis periodis, verum in diversis testamenti paginis aut partibus interjectis legatur. Hotomannus *ad* §. 8. *Inst. de Leg.* non arbitratur, sed eo casu rem ei totam cui postremo legata est deberi, ac ita respectu primi legatarii esse ademptionem. *l.* 87. & *seqq. de C. & D.* Verum Paulus in *l.* 33. *de leg.* 1. censet, ademptionem non præsumi, nisi apertissime illa mens defuncti fuisse appareat; similiter duplicationem legati non nisi de voluntate constet, agnosci. In dubio igitur creditur utrumque ad legati partes voluisse vocatum. Spectatur quidem novissima in legatis voluntas, *d. l.* 87. sed ita nimirum, si mutatio voluntatis eluceat. Quare contra Hotomannum jus accrescendi locum videtur habere, non modo si immediate legatarii jungantur, sed etiam per intervalla, modo ne verba præ se ferant animum adimendi. Sed hac in re scrupulum movet Scholiastes noster.

SCHOLIUM.

At quomodo? Sane si ita dixerit; Stichum quem Titio legavi, Mævio do lego, *ademptio est, non conjunctio.* §. 1. Instit. de adempt. leg. *Sin ita*; Eundem Stichum, quem Titio legavi, Mævio do lego, *præsumptionem magis pro ademptione esse quam pro conjunctione arbitror. Adeoque legatario priori probatio incumbet, conjungendi animo legatum fuisse factum.* vide quos citat. D. Voet. ad tit. Inst. de adempt. legat. n. 3. p. m. 822. *Idem esse puto, si priori pagina dixisset*, Stichum do lego Titio, & *pagina sequente dicat*, Stichum do lego Mævio &c.

RESPONSIO.

Hac ultima casus specie satis evidens est conjunctio realis; ut etiam, si quis ita leget una pagina, Fundum Cornelianum Primo do lego; *altera*, eundem F. C. Secundo lego, *nihil profertur, cur ademptio videri debeat; multo minus, si particula etiam, vel similis συγχωρητική adjiciatur. Ex verbis sane præsumptionem in alterutram partem esse colligendam, non est recusandum.*

N. ADDIT.

Hoc vero posito, quod ex verbis præsumptio in alterutram partem sit colligenda, duobus verbis dubio in Scholio proposito poterat respondere Autor, si addita fuerit particula conjunctiva etiam vel similis. Si enim, etiam post intervallum, dicat testator: Stichum, quem Titio legavi (*sive* Eundem Stichum quem Titio legavi; *sive simpliciter*: Stichum) etiam Mævio do lego, *haud dubie non est ademptio sed conjunctio. Tali particula omissa firmior erit, ut puto, mea ratio dubitandi. Neque enim in exemplo ultimo Scholii, neque in exemplo quod Autor addit, evidens est conjunctio realis. Quid enim interest, postquam Titio legavi Stichum, sive dicam, Eundem Stichum, quem Titio legavi do lego Mævio, sive eundem Stichum simpliciter? (nam sane idem Stichus est, non alius quam quem Titio legavi.)*

Etiam videlicet inter eos, qui verbis tantum conjuncti dicuntur, accretio est, ut clare probat *d. l.* 89. *de leg* 3. quæ & prærogativam iisdem, præ conjunctis re tantum, adscribit. Nam quod inter eos, qui partes habent ab initio cessare jus accrescendi legimus, *l.* 1. *pr. de usufr. accresc.* id de partibus separatim relictis, non de iis quæ sola intentione testatoris discernuntur accipiendum, juxta ea quæ dicta sunt modo (8).

26. Differentia tamen inter species conjunctionum non est nulla, si quidem re tantum conjuncti partem deficientis ita nanciscuntur, ut onus, quod personæ, quæ deficit præstandum injunctum erat, ipsemet implere non teneatur, cum id reliquis conjunctis omnino incumbat. Quod ideo placuit, quia Re conjunctus magis expresse solidum habet ab initio, quam cæteri; ideoque hoc, onere adventitio minui non debeat. *l. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* Alio tamen respectu Re tantum conjunctus deteriori conditione utitur, quando cum aliis conjunctis in eadem re concurrit. Nam ex cæteris uno deficiente, portio ejus ad superstitem in eadem formula pertinet; sed ex re conjunctis mortuo altero, deficientis pars ad collegatarios quacunque formula conjunctos devolvitur, quoniam ad eandem rem vocati non minus quam pro conjunctis re saltem haberi possunt, ut pluribus docetur in citata *l.* 89. *de Leg.* 3. Ex. gr. Primo & secundo fundum Cornelianum do, lego,

(8) Juvabit hic addere Jos. Averanii interpret. lib. 4. Cap. 19. & 20. Barth. Chesi. lib. 1. Cap. 18.

lego. Tertio eundem fundum Cornelianum do, lego. Quarto eundem fundum Cornelianum do, lego. Quinto & Sexto eundem fundum do lego æquis partibus. Moritur primus, partem ejus habet Secundus. Deficit Sextus, pars ejus accrescit Quinto soli. Tertio deficiente, pars ejus ad omnes ex æquo pertinet; quia omnes æque Re sunt conjuncti ac Quartus. Cæteri arctius iis, qui sunt in eadem formula, conjuncti, reliquis præferuntur. Observandum tamen est, singula conjunctorum paria non plus accipere, quam unus ille Re conjunctus accipiat. *d. l. un.* §. 10. *l.* 89. *de legat.* 3. & *l.* 34. *de Legat.* 1. *in pr.*

S c h o l i u m.

De coheredibus adjertionem concedo, per d. l. un. §. 10. *At quoad collegatarios mallem dicere*, d. l. 34. de leg. 1. *abrogatam esse per* d.l. un. §. 11. *junct.* §. 10. in fin.

R e s p o n s i o.

Constitutionem generalem de partibus adæquandis ad illum specialem casum extendere, non habet rationem.

N. A d d i t.

Sane non intelligo, quid velit hac responsione, partim, quia in d. l. 34. pr. de legatis 1. *non est specialis casus, sed verba sunt satis generalia*: Si conjuncti disjunctive commixti sunt, conjuncti unius personæ potestate funguntur; *partim quia hæc responsio obstat ipsi assertioni Autoris, ut qui in* d. l. un. & d. l. 34. *putat eundem esse casum. Interim jam mallem, re distinctius proposita ab Autore, in ejus sententia acquiescere, & verba ista* d. l. 34. *in qua tum temporis putabam latere antinomiam, explicare in eum sensum, quem Autor habet hic in textu*, versic. observandum tamen.

Si plures sint legatarii, portio deficiens accrescit partibus æquis, etsi legata sint inæqualia, *d. l. un.* §. 11. qua derogatum videtur *l.* 4 *de leg.* 2.

S c h o l i u m.

Dissentit Perez. ad tit. C. de cad. tollend. n. 17. *qui unicuique vult accrescere pro portione legati jam agnita. Sed obstat huic assertioni* d. §. 11. l. un. *verbis*: pro virili portione, *quæ verba quamvis Perezius exponat, quod idem valere debeant, ac si Imperator dixisset*: pro portione seu rata partis cuique relictæ. & *ad* §. 8. d. l. unic. *provocet. Tamen* d. §. 8. *satis aperte est contrarius in verbis*: pro virili portione, *id est pro numero personarum.*

27. Causa, ut in principio diximus, juris accrescendi, est præsumpta voluntas testatoris; quæ cum æque obtineat in quantitate quam in specie legata, nihil causæ esse videtur, quare summis viris adsentiendum sit, qui in quantitatibus cessare jus accrescendi opinentur, manifesto eadem adstruitur ex *l.* 15. §. *de leg.* 1. Tu vide Sandium *l.* 4. *tit.* 4. *def.* 7. Contrariæ opinionis textum in *l.* 7. *de leg.* 2. cum glossa recte accipiemus de casu, quo alter, conjunctorum capere quidem adhuc non potest, speratur tamen, secundum singulares rationes, quales in *l.* 34. §. 9. & *l.* 34. §. 8. *de Leg.* 1. (9) Porro, cum extra ultimas voluntates ratio, qua introducitur accrescendi jus deficiat, consentaneum est, in contractibus aliisque actibus inter vivos cessare ejusmodi accretionem, neque enim si Titio & mihi stipulatus sim aut aliquid emerim pro parte illius inutiliter, id meam partem auget, sed *aliena pars deducitur. l.* 110. *de V.O.* Etiam vero in ultima voluntate, si conjunctorum alter habeat substitutum, voluntas expressa testatoris hanc tacitam, quæ facit accretionem, excludit. *l.* 2. §. 8 *de b. poss. sec. tab.* In alimentis quoque legatis cessat id jus, *l.* 57. §. 1. *de usufr. & quemad.* cui legatum usus merito adjatur, ut bene Perezius *ad d. l un. n.* 23. quia in his legatis non obscure cessat præsumptio de voluntate testatoris. Adde casum *l.* 74. *de C. & D.* Alioqui non tantum habet locum, inquam, in legatis, sed etiam in Hereditate, tam testamentaria, *d. l. un.* §. 4. quam legitima, *l.* 9. *de suis & legit.* etiam Prætoria *l.* 3. §. *ult.* & *seqq. de bon. poss.* & fideicommissaria. *l.* 43. *ad Sc. Trebell.* Quin & post Querelam Inofficiosi, altero desistente. *l.* 23. §. 2. *de inoff. test.* Denique & altero heredum præscriptione temporis excluso. *d. l.* 23. §. 2. *in fin.* & *l.* 4 *de bon. poss.* Cessat tamen in hereditate militis. *l.* 6. *de Testam. mil.* (α) Scilicet, ratio juris accrescendi in legatis una est, præsumpta voluntas testatoris, (β) quod partem legati deficientem potius ei destinaverit, quem jam vocaverat ad eam rem, quam heredi a quo eam reliquit. At in hereditate est adhuc alia fortior ratio, (γ) quod Paganus pro parte testatus & pro parte intestatus decedere nequeat, *l.* 7. *de R. J.* quod fieret, si pars hereditatis deficiens scriptis heredibus non accresceret; (δ) hæc autem ratio in milite cessat. *d. l.* 6. Denique, jus Accrescendi finitur, quando singuli suas partes adquisiverunt, *l.* 80. *de Leg.* 3. excepto usufructu, *l.* 1. §. 3. *de Usufr. accr.* de quo ad *Pand.*

(α)

(9) *Sed melius cum Averanio interpret.* lib. 4. cap. 19. n. 12., 13. & 14. *omnes hos textus exigere de legatis damnationis, in quibus jure veteri non erat jus accrescendi.*

SCHOLIUM.

(α) *Sed hic quidem textus sententiam Autoris non probat; Neque argumentum quod exinde vult deducere. Nam sive legatum in testamento militis consideremus;*

(β) *Hæc scilicet voluntas præsumpta etiam in testamento militis locum habebit, & adeo simul juri accrescendi erit locus, ne privilegium in favorem militis inventum, in ipsius torqueatur odium: deinde, quod coheredes in testamento militari concernit,*

(γ) *Vox hæc, qua utitur*, adhuc, *innuit, quod ratio de præsumpta voluntate, etiam juris accrescendi inter coheredes fundamentum sit, quamvis non sola. Ergo,*

(δ) *Quamvis hæc altera ratio in testamento militari cesset, ob priorem tamen & hic jus accrescendi observari dicerem. Excipe casum, si miles in re certa heredem* instituerit. d. l. 6. de test. mil. *sed hoc jus accrescendi est improprie tale, quia ibi non est coheres deficiens. Excipe etiam, si miles prohibeat expresse jus accrescendi.*

RESPONSIO.

De legato adsentior, nec aliter habet positio. De hereditate puto argumentum d. l 6. *peremptorium esse: heres militis habet quod ei relictum est; nihil amplius. Sed omnis hæc quæstio præciditur in* l. 37. de testam. milit. *ubi in terminis nostris jus accrescendi negatur e testamento militari.*

N. ADDIT.

Hic primo miror, quod Autor de hereditate militis nihil responderit ad objectionem scholii sub lit. (γ) *utpote quæ tollit id argumentum, quod Autori placet peremptorium vocare. Heres militis nihil habet amplius quam quod ei relictum est, nisi scilicet voluntas militis vel expressa vel tacita aliud velit. Denique non ita universaliter ac indistincte, ut Autor innuit, negatur in hereditate militis jus accrescendi in* l. 37. de test. milit. Si duobus a milite, *ait Paulus,* liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles & pro parte testari potest: nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem. *Mihi itaque sic videtur dissensus noster conciliari posse, secundum ductum Scholiorum. Aut miles partes adscripsit heredibus vel res certas, & tunc non habet locum jus accrescendi, nisi voluntas militis aliunde probetur*, d. l. 6. d. l. 37. de testam. milit. *aut nullas partes adjecit, sive in una propositione conjunxerit, dicendo: Primus & Secundus heredes sunto; sive saltem re conjunxerit, Primus heres esto; Secundus heres esto. Et tum, ut in testamentis paganorum, aut etiam, ut in legatis militaribus (quod Autor concedit in responsione) ex præsumpta militis voluntate, jus accrescendi locum habebit.*

Usu fori jus accrescendi abolitum esse, testatur Voetius ad §. 8. in *f. h. t.* Quod ego tam crude accipiendum nullo modo putem. vid. Zutphen. *tit. de Legat.* §. 29. Sandium 4. 4. 8.

DE MODO LEGANDI.

28. (γ) Diximus, quando non constat quid voluerit testator, tum intercidere voluntatem ejus; quod tamen minime intelligitur fieri, quoties est lapsus in nomine legatarii vel rei legatæ aut demonstratione vel etiam causa legati, quemadmodum docet Imperator in §. 29. 30. & 31. quæ res pertinet ad modum legandi, juxta ordinem, pœnam, conditionem & modum in specie dictum. Nominis error nihil nocet, proprii scilicet, sive prænomen seu cognomen vel agnomen sit aut quod nomen simpliciter vocamus; modo constet ex aliis descriptionibus, quam personam testator designaverit. §. 29. Quatuor nominum species recenset Imperator, quas recte satis explicat Vinnius *ad hunc* §. (10) nisi quod, cum agnomen non fuisse necessarium scribat, tria reliqua perpetuo in usu fuisse adfirmat; cum tamen nec Caji Marii, nec Quinti Sertorii, nec Lucii Mummii pluriumque fuerit ullum cognomen. Theophilus, nomen τὸ κύριον, absolute dictum, interpretatur id quod est prænomen; Cognomen vocat ἐπώνυμον, ut Pius, Superbus; prænomen χρηματισμόν, a majoribus sumptum; quod est nomen simpliciter. Male sine dubio Posidonius τὸ κύριον nomen volebat esse primum, quem refellit Plutarchus *in Mario pr.* hoc argumento, quod tum feminæ fuissent innominatæ, quibus non erat id, quod primo loco ponitur. Res ita fuit, Ordinaria nominatio triplex erat. Ex. gr. Marcus Tullius Cicero, Titus Pomponius Atticus. Primum, ut *Marcus*, *Titus*, est prænomen, quo domi suæ quique ab aliis discernebantur, ut Marcus a fratre *Quinto* Tullio Cicerone. Secundum est Gentis, κοινὸν Plutarcho, *commune* cunctis ex eadem gen-

(γ) *Pos.* 67. 68. 69. 70. 71.

(10) *Cui adde Hein. in notis ad Vinn.* §. 29. h. t. n. 1.

Digitized by Google

gente; *Tullius*, *Pomponius*. Cognomen προσηγορικὸν Plutarcho, fuit Cicero, Atticus; Sic Cajus Julius Cæsar discrepat a Lucio Julio Cæsare: Cognomen igitur ejusdem gentis familias discernebat. Agnomen, quod Justinianus quarto loco potuit, extraordinarium & plerumque a rebus gestis adscriptum fuisse, ut in Publio Cornelio Scipione Africano, in Asiatico, Numidico, Achaico, Britannico aliisque exempla sunt. Hæc de nomine proprio. Error autem nominis appellativi, quod dicitur, cum hoc sit repertum ad essentiam rei exprimendam (propria sunt arbitraria) magis noxius habetur. Nomen appellativum est quasi demonstratio essentialis cujusque rei, & *demonstratio plerumque vice nominis fungitur*, ait *l.* 34. *in pr. C. & D.* sed reliquæ descriptiones, quæ circumstantias & accidentalia rerum spectant, *demonstrationes* a nostris appellantur; quarum falsitas, quia substantiam rei non attingunt, nemo miratur quod legato nihil noceat, modo constet, aliam rem a testatore designatam, aliamque dari voluisse. Si enim aliquid certo loco circumscriptum, idque solum legaverit, nec tamen ejusmodi res in eo loco reperiatur, manifestum est, nihil aliud posse præstari; ideoque legatum fieri evanidum. Exemplum est, si dixerit testator, *centum quæ in arca habeo, Titio lego*; tunc enim corpus, quod in rerum natura non est, legatum videtur. *l.* 1. §. 7. *de dote præleg.* Proinde, si legaverit mille, quæ in arca habeo, & duntaxat centum reperiantur, non plures quam centum poterunt peti a legatario. *l.* 108. §. 10. *de leg.* 1. (11)

29. Longe minus quam demonstratio, falsa Causa legato adjecta nocet, ait Justinianus in §. 31. *h. t.* idemque Cajus in *l.* 17 §. 2. *de condit. & demonstr.* Rationem reddit Papinianus in *l.* 72. §. 6. *eod. quia ratio legandi legato non cohæret*, quemadmodum nomen vel demonstratio; quippe per causam intelligimus rationem impulsivam, quæ testatorem ad legatum relinquendum movit ac induxit, petita ex eo, quod legati tempore jam præexistit. Ejus, inquam, falsitas nihil nocet, quia in his non consistit substantia liberalitatis, ὁρμὴ tantum & occasio inde nata est, in qua licet erraverit testator, haud tamen ideo affectus in legatarium evanescere creditur: neque enim præsumitur, citra illam causam nihil legatum iri fuisse, quando, licet maxime de testatore bene meritus sit legatarius, minime ille se ad legati ἀντίδωρα obstrictum sciebat. Certum præterea & usu notum est, ejusmodi causas frequenter a testatoribus apponi voluntatibus, ut speciem magis & colorem ad vitandam invidiam liberalitati suæ erga aliquos concilient, quam quod omne ab illis momentum pendere velint; ut si quis uni amicorum plus se legare dicat, quia non adeo sit copiosus, alteri minus, quia sit opulentior; etiamsi hæc res contra se habere deprendatur: nemo tamen ideo legatum intercidere dicet. Rursus æquitati parum videri potest consentaneum, si quis vere motum aliqua ratione ad legandum, opinione deceptus in hominem nihil de se meritum liberalitatis elogium contulerit, hoc ab herede, licet errorem defuncti probare parato, esse præstandum. Huic incommodo, uti ratio dictat, occursum est legibus, auctore Papiniano in *d. l.* 72. §. 6. *de C. & D. sed plerumque*, ait, *doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse*. Quoties constat, nec raro facile constare potest, quod testator unice ob causam illam putativam legatum posuerit, de quo alioqui nec cogitasset, valet adhuc equidem legatum & peti potest; sed locum habet, quod in arte nostra frequenter usu venit, ut quod summo jure nobis datur, per exceptionem, æquitatis intuitu, rursus eripiatur.

30. (z) Sequuntur tres juris antiqui emendationes, in quibus hunc titulum claudit Imperator. Prima est, nihil interesse, quo ordine legata tabulis testamenti scribantur, utrum ante, an post heredis institutionem. Scripta legata non valebant, quasi *extra tenorem testamenti locata viderentur*, ἐκτὸς εἶναι δοκεῖ τῆς διαθήκης, ait Theophilus. Nam quia institutio heredis caput ac fundamentum testamenti habetur, * cui reliqua superstrui deberent, id quod sine fundamento collocaretur, nullius valoris existimabant. Sed non placuit Justiniano simplicioris δικαιολογίας auctori, tam præcise inhærere comparationi moralis cum physico aut artificiali fundamento; statuitque rectissime, ut legata subsistant quacunque parte posita testamenti, etiam videlicet ante heredis institutionem; merito incivile reputans, scripturæ ordinem quidem sequi, sperni autem testa-

(z) *Pos.* 72.

(11) *Copiose & solide pro more suo, hæc quæ de falsa demonstratione hic attigit Auctor, explicat Jos. Averanius interpret. lib.* 5. *cap.* 23. & *seqq.*
* Conf. Dec. El. 46.

Digitized by Google

statoris voluntatem, in §. 34. At verum nihilominus est, ordinem magis naturalem eum esse, ut legata sequantur, institutio, utpote caput ac basis testamenti, præmittatur. Ut ego quidem nostros cuperem rogatos tabelliones, ne ita sibi, quemadmodum plerumque fieri videmus, placeant, legata primo loco & sæpe longa serie recensentes, ipsamque institutionem tantum non, & quandoque prorsus extremo loco subjicientes.

(a) Altera veterum subtilitas erat, quod legatum post mortem heredis aut legatarii nullum relinqui poterat, §. 35. *h.* idque ob duplicem rationem, & quod non placeret, heredem heredis a testatore posse onerari, teste Ulpiano *tit.* 24. §. 16. & Paulo 3. *sent.* 6. §. 5. & quod regula esset, actionem, quæ non cœpisset a defuncto vel adversus defunctum, initium ab herede vel contra heredem capere non posse, quam Theophilus in *hoc* § commemorat. *ἀγωγὴ ἡ καθ' ἡμῶν μὴ ἀρξαμένη, τῶν ἡμετέρων οὐ διαβαίνει κληρονόμων.* Scilicet, quia mors est ultima linea rerum, a ratione alienum videbatur, aliquid ex persona defuncti post obitum ejus nasci atque inchoari. A simplicitate etiam juris gentium abhorrere visum, ut dispositio testatoris non modo in id tempus valeret, quo ipse non erat futurus in mundo, sed etiam quo is, quem post fata sua devinctum habet, vivere desiisset. Eadem ratio obtinebat, in *pridie quam moriar, vel mortuus erit ille*; rationem Theophilus reddit, *ἐπειδὴ ἐκ τελευτῆς καταλαμβάνεται, πάλιν εἰς τὸ* post mortem *ἐμπίπτει*, *quoniam dies pridiana mortis non nisi ex morte colligitur, rursus in idem, post mortem, incidit.* Sed si *pridie quam moriar* non valet, quam reddemus rationem, quare *cum moriar* ita legatum subsistebat, ut Paulus & Ulpianus locis modo citatis scribunt, & discimus ex *l.* 1. §. 2. & *l.* 79. §. 1. *de C. & D.*? Nam si moriendi tempus vitæ tribuitur, ut est in *l.* 18. §. 1. *de manum. testam.* nonne lux præcedens multo potius vitæ spatio adscribenda? Dicendum videtur, hoc interesse, quod *pridie quam moriar* nunquam in præsenti possit cognosci, sed tum demum postquam præteriit, utique in ordinario cursu vitæ humanæ: tempus autem moriendi, civiliter cerni atque animadverti queat; neque enim moriendi tempus ita coarctamus, ut illud novissimum *τὸ ἐν ἀτόμῳ* punctum accipiamus, *τὴν ἐξαίφνης φύσιν*, quemadmodum Plato, quod nec vitæ nec mortis est, de quo Gell. *l.* 6. *c.* 13. sed laxius, nimirum illud spatium quo animam ægrotus agit & supremos ducit spiritus, quod adeo non potest non discerni, ut etiam tunc amici convocentur. Ideoque eo tempore, cum adhuc perspicue vivit qui viam mortis ingreditur, dici potest in præsenti; *jam existit obligatio.* Sed de legato, *pridie mortis*, inpræsentiarum id nunquam prædicari potest. Verum hodie, insuper habita tam anxia subtilitate, non habetur insolens, legatum quomodocumque relinqui, atque etiam in tempus post mortem legatarii aut heredis conferri, idque exemplo fideicommissorum, de quibus jam olim obtinebat, *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. a se constitutum narrat Imperator in §. 35. *h. t.* Regulam autem, qua negabatur actio dari in heredem, quæ non antea in defunctum ipsum competierat, sustulit idem Justinianus in *l. un. C. ut act. & ab her.* scilicet voluntas testatoris ejusque favor, subigit omnes juris subtilitates.

(b) Tertia juris vetusti emendatio in §. *ult.* continetur; Olim legata pœnæ causa relicta non valebant, ejusmodi quæ causam & scopum haberent coërcitionem heredis; nam si quid ad instar pœnæ legato adjiciebatur, non coarctandi heredis ergo, sed ut legatum melius pertingat, ait Ulpianus *tit.* 24. §. 17. de ejus bonitate non dubitabatur, ut exemplo didiscimus ex *l.* 1. *de pena leg.* Coërcendi heredis causa legabatur, quando testator, si quid faceret vel non faceret heres, eum legati aliis præstandi damnabat. Quare id improbaverint, duas Theophilus rationes reddit; prima est, quod cum legatum ex voluntate & studio testatoris erga legatarium, ideoque a certo illius judicio proficisci debeat, mali exempli sit, hoc ita disponere, ut plane ab heredis arbitrio pendeat. *μισεῖ ὁ νόμος τὸ λήγατον τὸ ἐν τῇ γνώμῃ ἀποκείμενον τοῦ κληρονόμου.* Ratio altera, quod rationi adversum videbatur, ut quod benevolentiæ atque affectus causa erga amicos est institutum, id convertatur in odium heredis. Sed constituit Justinianus, ea, quæ pœnæ nomine relinquuntur, nihil a cæteris distare legatis conditionalibus, exceptis iis quæ impossibilia sint vel legibus interdicta aut alias probrosa. Etsi enim conditio impossibilis ultimas voluntates non vitiare sed pro non scripta haberi dicatur, id tamen de his, quæ legatario, non de iis quæ heredi imponuntur, accipiendum, cujusmodi etiam pœnæ sunt, *quibus proinde Legatum*

(a) *Pos.* 82. (b) *Pos.* 73. 74. 75.

Digitized by Google

tum vitiatur, §. *ult. h. t.* τὸ impossibile explicatur *in favorem ejus cui adjicitur*. (12)

DE JURE PETENDI LEGATUM.

31. (c) Satisfactum est ita quidem huic titulo, secundum ordinem Justiniani. Tantum de Actione pro legatis competente locum, qui occurrebat in §. 2. *sub fin.* transmisimus. Subjiciemus eum heic loci, & simul de omni jure petendi legatum breviter collocabimus. Nascitur hoc jus, quando dies cedit, & jam diximus, diem legatorum & hereditatum cedere statim a morte Testatoris. *l.* 5. §. 5. *Quand. dies leg. ced. l. un.* §. 1. & 5. *C. de Cad. toll.* Excipiuntur legata ususfructus & libertatis, quorum dies cedit ab adita hereditate. *d. l. un.* §. 6. Conditionalia & in diem incertum relicta, cedant post conditionem existentem. *l.* 4. *in pr.* & *l.* 5. §. 2. *Quand. di. leg. ced.* (13) Sand. 4. 4. 7. *v. in tertia*. dies certus & conditio impossibilis faciant puras voluntates. *d. l.* 4. §. 1. *d. l.* 5. §. 4. Effectus, inquam, diei cedentis est, quod jus agendi parit & quod moriens post eam diem, sibi relicta transmittit ad heredem; ante eam si decedat, Legatum manet penes heredem testamento scriptum. *l.* 3. & *l.* 4. & *pass. d. t.* Cæterum, dies legati non venit, hoc est, legatum, actu non potest peti, ante hereditatis aditionem, cum non sit prius a quo petatur; proinde si hereditas non adeatur, testamenti vis resolvitur. *l.* 181. *de R. J. l.* 9. *de testam. tut.* & legata intercidunt. §. 2. *in fin. I. de Leg. Falcid.* Casus exceptos vide apud Sandium *l.* 4. *tit.* 4. *def.* 10. quos heic recensere nimis longum fuerit; sed est etiam inter eos, qui perquam late patet, si nempe *clausula codicillaris adjecta sit*, quæ cum vix unquam omittatur, imo semper intelligatur, res huc redit, ut heres ab intestato, sicut hereditatem heredi scripto, ita legata legatario præstare debeat, quasi per fideicommissum. Quod si heres primus deficiat, a quo legatum est relictum, hodie sic est receptum, teneri substitutum itemque coheredem in casu accrescendi, nisi aliter a Testatore sit cautum. *l.* 74. *de Legat.* 1. *l.* 61. *de Leg.* 2. (14)

(d) Actiones ad petendum legatum tres sunt proditæ. I. est actio personalis e testamento, quæ datur e quasi contractu aditionis, * adversus heredem, de quibuslibet rebus legari solitis. §. 5. *I. de oblig. quæ quas. ex contr.* II. Actio in rem, e dominio, quod ipso jure transit in legatarium, (15) adversus quemlibet rei legatæ possessorem, si corporalis sit & propria testatoris. *arg. l.* 6. *de R. V.* & *l.* 50. *de R. J.* III. est hypothecaria, ex hypotheca, quam lex dat legatario in bona testatoris, adversus quemlibet rerum hereditariarum possessorem. §. 2. *sub fin. h. l.* 1. *C. Comm. de Legat. & fideic.*

Prior actio in heredes competit, si plures sint, pro partibus hereditariis, idque ut videtur indistincte, seu nominati fuerint heredes, a quibus legatum sit præstandum, sive non; quia hereditas eos obligat, eaque sententia ratione & æquitate vincit, *l.* 33. *in pr. de Leg.* 2. *l.* 17. *de duob. reis.* licet alii textus varie distinguant. Tu vide sis *l.* 54. §. *ult.* & *l.* 124. *de Legat.* 1. Wissenb. *ad tit. ff. de Legat.* 1. *th.* 25. & *de Leg.* 2. *th.* 6.

32. Porro, semper adversus alium danda est actio legatario, qui a seipso capere, vel simul heres & legatarius *esse non potest*. Hinc *si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, & eis fundus legatus sit, unciarius heres habebit undecim partes in fundo*, & qui est heres ex XI. unciis unam partem in fundo *legato habebit*, *l.* 34. §. 12. *de Leg.* 1. ubi quidam libri pro *unciarius* male habent *unciarum heredem*.

(e) Tenetur etiam heres in fructus & in usuras, sed a quo tempore, non satis constat. Tempus moræ indicant *l.* 78. §. 2. & *l.* 87. §. 1. *de legat.* 2. litis contestatæ tempus exprimunt *l.* 1. & *ult. C. de usur. & fruct. legat.* tempus scientiæ *l.* 40. *de A. R. D.* adquisiti dominii, quod est statim a morte, (16) *l.* 32. *de usur.* juncta *l.* 64. *in fin. de Furt.* Hinc ita videtur esse statuendum. Moræ tempus est statum & ordinarium

(c) *Pos.* 73. & *seqq.* (d) *Pos.* 85. & *seqq.* (e) *Pos.* 89.

(12) *De legatis pœnæ nomine relictis extat elegans Dissertatio Viri Ampliss. Cornel. Van Bynkershoek, in qua ex l.* 1. *de his quæ pœn. caus. colligit ea tantum legata olim visa fuisse pœnæ nomine relicta, quibus testator heredem ad probrosum aliquid faciendum cogeret. Quod, si verum sit, actum egit Imperator in* l. un. C. de his quæ pœn. nom. & *in hoc* §. 36. *Vide tamen Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 36. h. t. n. 4.

(13) *Eruditenter hæc exposuit vir Clariss. Jos. Averanius interpret.* lib. 4. Cap. 5.

(14) *Vide ad has leges Barth. Chesii interpret.* lib. 2. Cap. 12.

(15) *Non a morte testatoris, sed ab aditione hereditatis, uti notatum fuit* ad n. 22. h. t. ex l. 80. de leg. 2.

(16) *Imo ab aditione hereditatis, ut n. præced. dictum.*

* Processus in his actionibus, vel ordinarius, vel summarius esse potest. Apud Saxones tamen ex testamento indubitatæ fidei, tamquam specie instrumenti guarentigiati, executive etiam experiri licet: v. *Lands-Ordn. A.* 1555. *t. versaste Brief und Siegel*, e. c. Si testamentum apud Acta conditum sit, fiduciaria aditæ hereditatis liquat ex impetrata ab herede investitura immobilium Carpz. P. 3. c. 13. d. 25.

rium. Mora autem est personalis aut realis. Illa committitur interpellatione vel litis contestatione. Hæc solo tempore tardæ solutionis. Lex igitur, quæ a tempore litis contestatæ agnoscit usuram currere, non repugnat ei, quæ tradit moram facere cursum. Qui vero scivit, cum ipse adiisset, rem esse legatam, nec eam præstitit, non videtur reipsa non esse in mora, maxime si legatarius ignoraverit. (17) Ante moram vero aditionemque statimque a morte fructus & usuras præstari, non habet rationem: neque textus id evincunt. Ajunt fructus post adquisitum ab herede dominium deberi, *d. l.* 42. *de Usur.* quod non de civili dominio, quod ipso jure transit, sed de naturali, quod incipit a possessione post aditionem, videtur accipiendum, *ex die aditæ hereditatis* ait *l.* 86. §. 2. *de legat.* 1. Dix. *lib.* 2. *Jurisp. Hod. c.* 30. *n.* 27. (18).

TIT. XXI.

De ademptione Legatorum.

I. Ademptio Legati duplex, una verbis. II. Re altera. III. Exempla mutationis essentialis. IV. Unum ex heredibus, repudiando hereditatem, non amittere legatum.

(a) Testatorum voluntates sunt ambulatoriæ usque ad supremum vitæ exitum, habetur in *l.* 4. *D. h. t.* qua de re alibi, in materia testamentaria, est dictum. Doctrina de ademptione legatorum hoc modo habet. Legata adimuntur vel bis aut Re; utroque modo tacite vel expresse. Verbis expresse, quando testator ait; quod Titio legavi, hoc ipsi non do, non lego, aut adimo & capere veto. Verbis tacite, quando legata transferuntur ab uno in alium, §. 1. *h. t.* veluti quod Titio legavi, hoc Sempronio do, lego; quibus verbis in persona Titii tacita ademptio continetur, sive in eodem seu diverso ultimæ voluntatis instrumento, *d.* §. 1. *h. l.* 5. *de adim. vel transf. leg.* cui minime obstat *l.* 15. *de hered. instit.*

2. (b) Re adimitur legatum expresse, quando testator legatum inducit, cancellat aut delet *l.* 1. *de his, quæ in testam. del. induc.* Tacite variis modis, primo propter gravem inimicitiam inter testatorem & legatarium coortam, quæ reconciliatione consopita non est, *l.* 3. §. *ult.* cum *l. seq. eod tit.* sine distinctione, utrum legatarius causam inimicitiæ sua culpa dederit vel non; revocatio enim legati fundata est in præsumptione mutatæ voluntatis, quæ non minus intelligitur, quando testator suam iram inique persequitur, quam ubi legatarius immerentem ad iracundiam provocat. Dein, tacita revocatio fit per alienationem voluntariam, de qua dictum ad §. 12. *tit. preced.* (c) itemque per ejusmodi mutationem, qua efficitur, ne res ad pristinam speciem reduci possit, quemadmodum per talem dominii quoque causam mutari, alias intellectum.

3. Hinc, ligno legato, si navis aut armarium inde fiat, legatum extinguitur, vicissim nave legata & dissoluta, *neque navis neque materia debetur, l.* 88. §. 1. *&* 2. *de leg.* 3. Contra, massa argenti legata, scyphis inde factis, manet legatum & scyphi recte petuntur; *ibid.* §. *ult.* & perinde vice versa, si poculo legato, massa inde facta est, pocula debentur *l.* 44. §. 2. *de leg.* 1. idemque si rursus inde poculum a testatore sit factum. §. 3. *ibidem*.

SCHOLIUM.

Quia sc. potest reduci ad pristinam materiam, & massa poterit iterum ad priorem speciem seu poculum reduci. Imo si quis lancem legavit, & massam fecit, mox poculum, debebitur poculum d. l. 44. §. 3. *quia scilicet, ut puto, & ex poculo poterit iterum lanx fieri. Sed jam desidero geminam rationem decisionis, cur nave legata eaque dissoluta non debeatur etiam materia*, d. l. 88. §. 2. *& quænam inter istum casum & hunc de massa argenti sit vera differentia*, conf. l. 93. ult. de solut.

RESPONSIO.

Videtur hæc esse, Poculum in massam, massa in poculum mutari potest; Navis in ligna dissolvi, ligna

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. 4. & 5. (c) *Pos.* 6. & 7.

(17) *An ergo ex solo tempore tardæ solutionis heres constituitur in mora? At hoc generaliter dici nequit, Contrarium evincitur ex* l. 87. §. 1. de leg. 2. & l. 3. C. *in quib. caus. in integ. rest. necess. non est, Vide Noodt de fœn. & usur,* lib. 3. Cap. 7. 8. & 9.

(18) *Sed nullum dominium a morte testatoris transit in legatarium, tantum ab aditione hereditatis, uti textus expresse dicunt* in l. 86. §. 2. de leg. 1. l. 50. de leg. 2.

ligna ad navem reduci nequeunt. Ideoque est mutatio diversi generis, non reciproca.

N. ADDIT.

Consentio Nam jam facile concipio, quod ex nave in ligna dissoluta non possit iterum navis fieri. Tum vero nescio, qua supinitate cogitaveram, textus de nave loquentes intelligi de dissolutione glutinis vel picis, quasi sit dissoluta navis non ligna sed integras tabulas & asseres, qualis tamen dissolutio non procedit.

His ex adverso; *lana legata, vestem, quæ ex ea facta sit, deberi non placet*, ait convenienter huic distinctioni Paulus in *d. l. 88. pr.* Ulpianus tamen ex sententia Juliani, de lana legata & veste inde facta, scribit idem quod de poculis in massam transmutatis, *d. l. 44. §. 2.* addito temperamento, ni testator mutaverit voluntatem, auctoritas tamen Pauli solidior esse videtur, quia nititur recepta distinctione in articulo specificationis. Ulpianum tamen in *l.* 44. dissentire, negat Scholiastes noster his verbis.

SCHOLIUM.

Imo non, nam si Ulpianus hac in parte a Paulo dissentiret, dissentiret simul a seipso. Vide l. 70. § 5. 6. 7. de leg. 3. *Mens ergo Pauli est: Sub voce lanæ legatæ non continetur vestis lanea, sive ante testamentum, sive post idem sit confecta. At Ulpianus* d. l. 44. §. 2. *id saltem asserit*; Si lana *omnis* legetur & vestimentum *postea* ex ea, *hoc est, ex aliquot libris de illa lana* fiat, Julianus scripsit legatum *reliquæ lanæ propterea non censeri ademptum, sed* consistere *& adeo* deberi *legatario*, quod *de lana legata adhuc* extat. conf. Wissenb. ad Tit. de leg. 1. th. 15.

RESPONSIO.

In l. 70. §. 5. 6. 7. de Legat. 3. *Ulpianus nihil aliud tractat, quam quid lana legata contineatur aut secus; argumentum conciliationis exinde quod colligitur, nullum est, multo minus ut Ulpianus sibi contradicere videatur. Reliqua judicet Lector.*

N. ADDIT.

Etsi Ulpianus in d. l. 70. *primario agat de eo, qui lana legata contineatur, tamen argumento legis etiam id infertur, quod asserueram, nam si lana legata, ne quidem debetur si quasi vestimentum ex ea factum sit*, d. l. 70. §. 6. *multo minus verum vestimentum. Interim tamen fateor, nunc illam periphrasin* d. l. 44. §. 2. *quam dedi in Scholio, mihi ipsi displicere ideo, quia Ulpianus ibi duos casus conjungit*: Si pocula quis legavit & massa facta est, vel contra; item si lana legetur, & vestimentum ex ea fiat &c. *Igitur uti per id quod* extat, *in primo casu intelligitur* poculum *ex massa factum, ita in secundo casu intelligitur* vestimentum ipsum *ex lana factum. Ideoque nunc arbitror, Ulpianum cum Paulo sensisse, & horum sententiam secundum tradita Autoris esse præferendam sententiæ Juliani, qui utique ab utroque dissensit, sed cujus sententiam ibi Ulpianus refert, non approbat.*

Quid si area legata, eique domus imposita sit, numquid areæ legatum extinguetur? Negandum hoc, nisi testator mutaverit voluntatem, quod ubi non liquet, æstimatio saltem debetur, *l. 98. §. ult. vers. non est his. De Solut.* ubi, quod sequitur, *cui etiam superficies cedit*, pars rationis est, non definitio nova, ut putes Legatarium petere posse ædificium. Cum hoc committendum non puto Celsum in *l. 79. §. pen. de leg.* 3. *ubi area legata*, inquit, *si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit, quanquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur.* Non dicit in thesi, quod peti non potuerit, cum esset inædificata, sed quod nunc debeatur, etiamsi res ita comparata fuerit, ut stante ædificio, peti non potuisset ob causam specialem, quam conjicere, non asseverare licet nobis. (1)

SCHOLIUM.

Per d. l. 44. §. 4. de leg. 1. l. 39. de leg. 2. *Cui obstat* d. l. 79. §. pen. de leg. 3. *Ad quam quidem Autor voluit respondere* in prælect. *hic. Voluerunt & alii, a Wissenb.* d. l. *relati. Sed verius est, Celsum in* d. l. 79. *ab aliis JCtis dissensisse, argumento* d. l. 98. §. ult. de solut. *Al. de* Wissenbach. d. l. *cujus sententiam Autor quoque hic videtur amplecti.*

RESPONSIO.

Forte liceat hoc etiam modo respondere, quod jam prætulerim; Tunc, cum inædificata esset, ipsa area peti non poterat, ejus æstimatio tantum, nunc (ædificio sublato) area ipsa cum effectu peti potest.

N. ADDIT.

Hic judicium lectori relinquo, præprimis cum Autor ipse dubitanter loquatur. Id certum est, in his & similibus quæstionibus JCtos non fuisse unanimes, ut vel ex modo præcedentibus patet.

Quæstio apud Dd. frequens, an ut donatio, supervenientibus liberis, ita legatum revocetur, de qua varias distinctiones vide apud Tiraquell. ad *l. si unquam. C. de rev. don. n.* 258. *& seqq.* Peckium *l. 1. de testam. conjug. cap.* 45. *n.* 11. ea, inquam, supervacua videtur, & ex

(1) *An & qua mutatione extinguetur legatum, erudite & copiose exposuit Vir Clariss. Jos. Averanius interpret.* lib. 5. Cap. 15. & seqq.

ex doctrina de rescissione testamentorum intelligi potest; si enim testamentum valeat, legatum quoque valebit: secus, si ruptum sit testamentum agnatione posthumi. Rescissione per querelam hodie non non vitiari legatum, & hoc jam constat ex *Nov.* 115. *cap.* 3. *in fin.*

4.(d) Porro ad doctrinam de adimendis legatis, pertinent ea, quæ de Legatis ut indignis auferendis habentur in *tit. de his quæ ut indign.* quæ heic loci non occupabimus. Inter ea non est, quod olim quæsitum fuit, si ex heredibus uni prælegatum sit relictum isque hereditatem repudiet, an & legatum pariter amittat. Ita nonnullis visum fuit; sed Papinianus *durissimam* hanc vocat *sententiam*; *non enim impugnatur*, ait, *judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari*, *l.* 87. *de leg.* 1. idque Gordianus Imperator laudat in *l.* 12. *C. de Legat.* adde *l.* 4. *ad Sc. Trebell.* supposita videlicet hac limitatione; *nisi Testator aliter statuerit*, *l.* 88. *d. tit. de legat.* 1. Sand. *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 7. *vers. At verius est*. Addit Scholiastes aliam exceptionem recte & facile præsumendam.

SCHOLIUM.

Item nisi sub conditione heres institutus sit, & vel eandem adimplere noluerit, l. f. §. f. de dol. mal. & met. except. *vel alias defecit conditio*. l. 77. pr. de cond. & demonst.

TIT. XXII.

De Lege Falcidia.

I. Legis Falcidiæ origo, sententia & ratio. II. Eaque ponenda in singulis heredibus. III. Quid si coheres coheredi gravato fuerit substitutus. IV. Quomodo & quo tempore bona sint æstimanda. V. Casus quibus legata debentur non adita ex testamento hereditate. VI. Casus ad quos lex Falcidia producta est. VII. Quæ deducenda sint antequam de Falcidia inquiratur. VIII. Casus quibus cessat Falcidia.

(a) Verba XII. tabularum, *uti legassit suæ rei, ita jus esto*, tametsi ad omnigenam supremæ dispositionis libertatem spectarent, directe tamen & liquidissime effusam legandi licentiam tribuebant, adeo ut universum quisque patrimonium suum, si vellet, exhaurire posset. Quod cum merito absurdum judicaretur, leges Furia atque Voconia latæ sunt, quarum Furia cavebat, ne supra mille asses cuiquam legare liceret, ut Autor est Ulpianus in fragm. *tit.* 1. §. 1. Theophilus ad *hoc princ.* *μὴ ἐξεῖναί τινι ληγατεύειν περαιτέρω χιλίων νομισμάτων*, *ne plus mille nummis cuiquam relinqui posset*; Gothofredus, quod summopere miror, *τὸ νομισμάτων* vertit *aureis*, falsissime; de sestertiis forte an accipi potuisset, nisi locus Ulpiani monstraret asses. Lege Voconia cautum erat, *μηδὲν πλέον λαμβάνειν τὸν ληγατάριον τοῦ κληρονόμου*, *ne quis legatariorum plus caperet, quam heredi obtingere posset*, ut idem Theophilus & Cicero in *Verrina tertia* testantur. Sed harum neutra legum sufficiens remedium pro satisfactione heredis suggerebant; quoniam salva earum sententia, fieri poterat ut nihil, aut parum cederet heredi: etenim per Furiam legem is, qui decem millia in bonis habebat, decem personis millena legare poterat tetamque ita exinanire hereditatem. Voconia in eodem casu decimam modo partem apud heredem relinqui postulabat; quod pro nomine molestiaque heredis, qui cuncta curabat, perexiguum erat. Imo Theophilus exemplum profert, in quo unus tantum aureus pro herede remaneret. Nam si testator habens centum aureos in bonis, nonaginta novem legatariis singulos aureos reliquisset, heredi unus tantum supererat, neque de Voconia lege violata conqueri poterat. Tandem plenius huic incommodo consultum est lege Falcidia, seu plebiscito, rogante P. Falcidio tribuno plebis, tempore Triumvirali Dion. *l.* 48. *Ne minus quam pars quarta hereditatis maneret penes heredem, qui detraheret quod plus dodrante legatum foret*. *l.* 1. *pr. h. t.* Errasse autem Dionem, dum adjicit, licuisse heredi per legem Falcidiam, quarta parte hereditatis retenta, reliquum omittere, si in eo gravatus esset, id scribit errans ipse, ni fallor, Balduinus in προθεωρίᾳ ad h. tit. *neque enim jus nostrum permittit*, ait, *heredi partem hereditatis omittere, sed totam agnoscere jubet*. Verba Dionis sunt *ὥστε τινὰ τὸ τέταρτον τῆς καταλειφθείσης οἱ οὐσίας, ἂν δήπη βαρύνηται, λαβόντα τὸ λοιπὸν ἀφεῖναι*, id est, *ita ut quartam partem hereditatis relictæ accipiens, reliquum remittat*, aut *permittat*. Nam *ἀφίημι* maxime proprie significat *remitto* aut *permitto*; ut heres quartam habeat ipse, reliquum remit-

(d) *Pos.* 8. (a) *Pos.* 1. & 2.

Digitized by Google

mittat, sive permittat aliis, quibus id reliquerat testator. Loquitur de effectu perceptionis, non de agnitione aut repudiatione. Nihil necesse est, ut aditionem totius hereditatis ab herede faciendam negare Dionem statuamus; quia nihil aliud liquet, quam quod reliquo supra quartam frui atque gaudere nequeat, sed hoc legatariis permittere debeat; quod est verum & planum. Ne autem sanctio Falcidia libertatem testandi, cujus favor eximius, coërcere videretur, προφυλακὴν, *præmunimentum*, suggerit Imperator, dum in ipsorum testatorum gratiam provisum esse monet, ut plusculum heredibus relinqueretur, *ob id*, *quod plerumque intestati moriebantur*, *recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire*. Sed hanc Justiniani αἰτιολογίαν ita recte acceperis, ut intelligamus, nihil esse causæ, quare lex Falcidia in odium aut duritiam adversum moribundos trahenda sit, non etiam, ut præcipuum in illa testantium favorem verti interpretemur. Res enim satis loquitur, id agi ex professo, ut heredum lucro consulatur, unde tum ipsa quoque testatorum utilitas, ne voluntas eorum penitus intercidat destituto testamento, per consequentiam derivatur. Simpliciter in ipsorum gratiam id non fuisse constitutum, satis inde patet, quod renunciare Falcidiæ seu prohibere eam non potuerint, ut *inferius* liquebit: heres autem beneficio hujus legis, ut quilibet suo favori, renunciare & abstinere semper potuit, imo laudatur hoc nomine in *l*. 5. §. 15. *de donat. inter vir. & ux.* quod adeo sancta ei voluntas defuncti sit visa, ut sui commodi rationem duxerit postponendam. Producta est porro lex Falcidia ad donationes *mortis causa*, etiamsi vivo testatore per traditionem impletæ fuerint. *l*. 2. *C. de Donat. c. m. & l*. 5. *C. h. t.* Idem est in donationibus conjugum, quæ non nisi morte donatorum confirmantur. *l*. 12. *C. h. t.* Denique & ad successiones, quæ fiunt ab intestato, produxit hanc legem Divus Pius in *l*. 18. *princ. D. h. t.* (1)

2. (b) Sed ne eluderetur scopus Legis, ut in Furia & Voconia evenire poterat, provisum est, ratio uti Falcidiæ non respectu omnium heredum simul, sed in partibus singulorum spectaretur. Adeo ut si quis semissem bonorum suorum legatis intactum uni reliquerit, ex altero tamen semisse alium vel certos fecerit heredes, quos nominatim tot tantisque oneravit legatis, uti nec quartam habeant salvam, tum ab hoc semisse detractio secundum legem fieri debeat. §. 1. *h. t.* Et quidem hoc satis expeditum est, si uterque semis ad eos, quibus sunt adsignati, pervenerit; verum si per defectum unius tota hereditas in unum concurrat, atque ita heres idem totum semissem habeat liberum; plus erat scrupuli, si hic quartam detrahere posset, quia duplex quarta superesset; Sed distinctio recepta est, utrum pars deficiens & accrescens fuerit illa exhausta, an libera; Si exhausta, tum quarta periode potest capi ac ab ipso, qui deficit potuisset, ne coheres accrescendo nihil quam onus distribuendi legata nactus videretur; quod si pars libera affluxerit gravatæ, quia nunc semis inexspectato superest ei, qui de quarta modo laborabat, inverecunde quartam insuper flagitare videretur. *d*. §. 1. *& l*. 78. *eod. tit.* Potest ratio sic etiam reddi; Detractio semel competens præcidi nequit, nisi ob lucrum accedens, quod adjumento sit legatariis, cujusmodi nihil per defectum heredis gravati scimus contingere.

3. Si autem coheres etiam fuerit substitutus, quia legata hodie ab ipso repetita censentur, ideo non potest ex persona ejus, qui gravatus erat deducere quartam, quoniam & ipse iisdem gravatus intelligitur; neque ex sua persona, quia semissem habet liberum: Quod si gravatus testatori superstes eoque heres sit factus, atque postea pars ejus ad coheredem jure substitutionis pupillaris pervenerit, quia tunc non suo, sed primi heredis nomine de legatis tenetur; plus etiam quam ab illo præstitum fuisset, solvere non cogitur, quæ est sententia *l*. 87. §. 4. *h. t.* (2) Alioqui, ut dictum, legata ab instituto primis secundisque tabulis relicta confunduntur & contribuuntur, ita ut si pariter sumpta dodrantem bonorum testatoris excedant,

(b) *Pos*. 3. 4.

(1) *Adde Hein. in not. ad Vinn. pr.* h. t. n. 8.

(2) *Eadem tamen distinctione utendum puto, nec quidquam interesse utrum pars deficiens jure substitutionis an jure accrescendi ad coheredem perveniat. Nec contrarium docet* l. 87. §. 4. h. t. *supponit enim Julianus in ea l. legata fuisse repetita. Hoc vel exinde constare potest, quod ex sententia Juliani, qui vixit ante D. Severum, pars deficiens sine onere ad coheredem substitutum perveniret* l. 61. §. 1. de leg. 2. *adeoque cum in* l. 87. § 4. h. t. *supponit eam cum onere pervenire, manifeste supponit legata fuisse repetita. Verum quidem est hodie ex rescripto D. Severi* repetita censeri legata, *uti loquitur Ulpianus in* l. 74. de leg. 1. *scilicet quatenus deficiens ea solvere debuisset, non ultra, adeoque nihil impedit quominus & post illud rescriptum substitutus ex persona coheredis deficientis Falcidiam inducat, Videsis Berth. Cujacii interpret.* lib. 1, Cap. 22. & 18.

dant, Falcidiæ subjecta sint. *l.* 11. §. 5. *&* *l.* 79. *h. t.*

4. (c) Priusquam igitur Lex Falcidia exerceatur, constare debet, utrum plus an minus dodrante sit exhaustum. Quam ad rem opus esse bonorum æstimatione res ipsa loquitur, in qua spectari debet præsens, verum & commune pretium, cui *formale* JCtus opponit in *l.* 62. §. 1. *ad L. Falcid.* qua oppositione, sensus vocabuli satis est manifestus, non æque ratio appellandi, quæ vel a forma censuali, vel a forma speciali & affectione adversus eam desumpta videtur. Quia autem dies legatorum cedit a morte testatoris, atque in hereditate esse censetur quidquid eo tempore existit, JCti æstimationem illam tempore mortis ineundam censuerunt, non habita ratione augmenti vel decrementi quod postmodum accidisset. Ideo si, moriente testatore, bonorum æstimatio ejusmodi fuerit, uti quarta inde pro herede, præstitis legatis, superesse nequiverit, tametsi jacente hereditate adeo sint aucta, ut aditionis tempore quarta satis superque penes heredem remanere posset, nihilominus tantam legatarii deductionem pati coguntur, quantam tempore mortis subire debuissent. E contra, si moriente testatore quarta fuerit salva, heres integra legata solvet, etiamsi cum adit hereditatem transversariis casibus ita sit imminuta hereditas, ut quarta nullo modo salva reperiatur, atque hæc in §. 2. *h. t.* docentur & in *l.* 15. §. 3. *in f. l.* 30. *in pr. & l.* 56. *pr. eod.* Videlicet augmenta & decrementa reliquarum rerum hereditariarum, præter & extra res legatas intelliguntur; Nam si corpora ipsa legata imminuta vel deteriora sunt facta, hoc scilicet detrimentum pertinet ad legatarium, quatenus *tit. praeced. ex* §. 16. didicimus & specialius ex *d. l.* 30. §. 2. *& seqq.* utique tamen, si quantitas relicta fuerit, nullo interitu fatali illius legatum extingui posse, docet idem textus & ratio manifesta.

Porro *Nec ea res damnosa est heredi*, subjicit Imperator, *quia liberum est ei non adire.* Proinde si adierit, causam querendi nullam habet: μὴ ἀγανακτείτω, *non est quod indignetur.*, ait Theophilus. At Imperator simul insinuat consilium, quo si utatur heres, potest compellere legatarios, ut se partem de legatis decerpere patiantur; si præ se ferat, malle se repudiare, quam nullo commodo adire hereditatem; atqui destituto testamento, legatarii nihil consequuntur. §. 2. *in fin. h. t. l.* 181. *de R. J. l.* 9. *de Testam. Tut.* Quæ res facit, ut heredem legatarii adsectare & observare debeant, ut retenta portione justa, aditione perfungi velit, quo ipsi legatis suis potiantur. Atque ita ὅπερ ὁ φαλκίδιος οὐκ ἔδίδου, τοῦτο ἡ μέθοδος παρεῖχε τοῦ κληρονόμου, *quod Falcidius non dedit, hoc heres per circuitum adipiscitur*, addit idem Theophilus.

5. Sunt tamen aliqui casus, quibus, etsi hereditas ex testamento non adeatur, legata nihilominus debentur: I. Si heres scriptus, qui simul est sanguine proximus, causam testamenti repudiet, ut ex lege adeat, ac ita legatarios eludat, *l.* 1. *& tot. tit. si quis omiss. causa testam.* idemque juris erit, si extraneus scriptus in gratiam legitimorum pecunia corruptus repudiet. *arg. l.* 2. §. *ult. de suis & legit. hered.* II. Si Testator legatum a legitimis heredibus repetierit, ut *in l.* 88. §. 9. *de Leg.* 2. III. Quando hereditas verbis indirectis ita relicta est, ut a Legitimis heredibus esset petenda. *l.* 14. *C. de fideicomm.* IV. Casus late patet, ut hodie res sunt; quando clausula codicillaris testamento adjecta est, cujus vi heredes legitimi intelliguntur rogati, ut testamento relicta præstent ac impleant, qua de re videbimus *infra*. Gail. 2. *obs.* 134. *n.* 3. Sand. *lib.* 4. *tit.* 4. *defin.* 10. His addit quintum casum è Jure Frisico Herbajus *de Reb. quotid. cap. ult.* quando heres scriptus petit beneficium Inventarii: ex cognatione autem aliquis adire vult pure. Hic enim ad omnia onera, ipsisque legatariis tenetur, *arg. Nov.* 1. *c. &* 4. ubi, si heres legata non præstet, legatariis quasi aditio quædam conceditur, scilicet, si heres scriptus jam adierit hereditatem, ne quis putet ea lege totum juris antiqui articulum, de legatis hereditate repudiata intercidentibus, esse abrogatum. Ritterhus. *ad Nov. part.* 6. *c.* 6.

6. Cæterum, producta est lex Falcidia ad dationes *mortis causa l.* 5. *C. h. t.* & ad eas inter vivos, quæ non valent, nisi morte firmatæ, ut inter conjuges, *l.* 12. *C. eod.* etiam ad fideicommissa, quæ ab intestato relinquuntur, *l.* 18. *pr. D. eod.* non tamen ad mortis causa capiones *l.* 93. *eod.* nec ad ea, quibus legatarii gravantur, *l.* 47. §. 1. *eod.* solis heredibus & heredum heredibus hoc jus datur. *l.* 10. *C. d. tit.*

7. Scilicet heres antequam legata præstet aut de Falcidia inquirat, exsolvere debet æs alienum & libertatem præstare servis manumissis, eorumque pretia, si in æstimanda quantitate bonorum ratio illorum habita sit, deducere, præcipue vero & ante omnes alios creditores tam

(c) *Pos.* 5. 6. 7. 8.

tam hypothecarios quam personales, solvere quicquid in funus defuncti honeste impensum est, §. *ult. h. l. pen. de relig.* itidem quicquid hereditatis adeundæ causa est erogatum. *l. ult.* §. 9. *C. de jure delib.* Tum conferenda quantitas bonorum quæ supersunt cum legatis; quæ si tot & tam grandia sint, ut heredi quarta libera non supersit, tantum ex singulis deduci debet, quantum scilicet a quarta deficit, octava, si octa supersit, aut plus minusve, ut latius in *d.* §. *ult.*

8. (d) Usus legis Falcidiæ restringitur variis casibus, quibus cessat, iique respectu aut testatoris aut heredis aut rei legatæ considerantur. Intuitu testatoris I. Si ille sit miles, casu quo privilegio testandi gaudet. *l. 7. C. h. t. l.* 12. *C. de test. mil. l.* 17. *& l. 92. ff. h. t.* II. Si testator vivus heredi æquivalentem quartæ summam repræsentaverit, hoc est, in antecessum præstiterit. *l.* 56. §. *ult. h. t.* Denique III. Si prohibuerit Quartam; tunc enim qui institutus est, hereditatem aut repudiare aut solida legata præstare debet. *Nov. 1. c. 2. §. 2. in fine.* Quod jure veteri licuisse, non apparet, & revera tale hoc est, ut institutum prudens Falcidiæ rogationis evertat; in liberis tamen non posse prohiberi, tenent Dd. communiter. Wissenb. *ad h. t. ff. th.* 22. Respectu heredis. I. Si quibusdam solida legata, sciens dodrantem non esse salvum, dederit, *d. N. 1. c. 3. l. 1. C. h. t.* tunc enim respectu reliquorum legatariorum, cessat Falcidia. II. Si id egerit, ut fideicommissum intercideret. *l.* 59. *in pr.* Respectu rerum legatarum, cessat Lex Falcidia I. In rebus *ad pias causas* legatis, *N.* 131. *c.* 12. nam quod alii crebro monent, non quemvis, sed heredem tergiversatorem morasque nectentem Falcidia mulctari, quod male Irnerius in *Auth. similiter C. ad L. Falc.* omiserit, hoc rationem habere non video. Ait enim Imp. cessare Falcidiam, si heres ea, quæ *ad pias causas relicta sunt* non impleverit, λέγων, τὴν καταλειφθεῖσαν αὐτῷ περιουσίαν μὴ ἀρκεῖν εἰς ταῦτα, *dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista*. Quid est aliud, quod quilibet heres integra legata præstare nolens obtentu Falcidiæ detrahendæ proferre possit? Si hoc allegans solida solvere cogitur legata, quid ni Falcidiæ diminutionem frustra dicamus opponi? Dissentire videtur Sand. *l.* 4. *tit.* 7. *def.* 10. & Wissenb. *ad ff. h. t. th.* 16. & 21. Cessat quoque II. Falcidia in rebus alienari prohibitis. *N.* 119. *c.* 11. III. In rebus hereditati subtractis, *l.* 24. *in pr. h.* quarum quarta Fisco vindicatur. *l.* 6. *de his, quæ ut indig.* Denique est adhuc a parte heredis ille casus III. Si heres inventarium facere neglexerit. *N.* 1. *c.* 2. §. 2. Unde liquet, cum hodie inventarium rarius conficiatur, quia memoriæ defuncti ignominiosum habetur, non esse frequentem Legis Falcidiæ usum moribus nostris: Nihil tamen obstat, quominus, ubi hereditas a testatore legatis exhausta est, heres sine scrupulo faciat inventarium, cogitans, si quid inde honos defuncti contrahat dedecoris, ipsius imprudentiæ id esse imputandum.

TIT. XXIII.

De Fideicommissariis hereditatibus, & ad S. C. Trebellianum.

I. Quid & quotuplex fideicommissum, ac unde ejus origo. II. Eum, qui hereditatem restituit, nihilominus manere heredem. III. De SCtis Trebell. & Pegasiano. IV. Quando restitueretur hereditas ex SCto Trebell. & quando ex Pegasiano. V. Confusio utriusque SCti in unum. VI. Ejus primum caput. VII. Liberi an duplicem detrahant quartam. VIII. Alterum caput SCti. IX. Tertium caput de herede cogendo ad restituendum. X. Quomodo fiat restitutio hereditatis. XI. Qualiter cogi possit restituere hereditatem. XII. An & quatenus heres fiduciarius alienare possit. XIII. De fideicommisso conditionali. XIV. Heredem legitimum, item eum, cui restituta est hereditas, fideicommisso posse gravari, & an huic detractio quartæ sit concedenda. XV. De fideicommisso familiæ & prohibita alienatione extra eam, quo usque producatur. XVI. De fideicommisso heredi coram injuncto.

(a) Dictam de Elogiis Testatorum, quæ directe & per modum imperandi fiunt. Sunt etiam liberalitates, quæ in ultimis voluntatibus non nisi precario & indirecte collocantur, FIDEICOMMISSA quæ dicuntur. Eaque sunt universalia vel particularia. Univer-

(d) *Pos.* 10. *& seqq.*

(a) *Pos.* 1. 2. 3.

verſalia ſunt hereditates, quæ certorum hominum fidei, aliis perſonis reſtituendæ committuntur. Particularia nihil ſunt aliud, quam legata indirecta. Origo fideicommiſſorum memoratur in §. 1. *h. t.* Erant olim Romæ plures perſonæ incapaces, quibus aut nihil aut non tantum relinqui poterat quantum aliis, ut erant non modo igni & aqua interdicti, proſcripti, transfugæ, peregrini, ſed etiam feminæ, orbi, cælibes, ut apud Ulpianum *tit.* 22. §. 1. *& tit.* 15. *cum ſeq.* nec non apud Ciceronem 1. *in Verr. & 2. Finib.* declaratur exemplis. Quibus tamen hujuſmodi perſonæ ad animum pertinebant, cum aperte nihil illis per leges relinquere poſſent, hi inſtituere ſolebant heredes amicos, in quorum conſcientia fiduciam habebant; quos tum ſecretis precibus rogitabant, ut perſonis incapacibus partem vel omnia reſtituerent. Hi, mortuis rogatoribus, in arbitrio habebant, utrum implere voluntatem defunctorum vellent, an retinere ſibi hereditatem; Neque enim perſonæ fideicommiſſæ actionem in foro movere poterant; Nec raro eveniebat, ut ſcripti heredes bona ſupprimerent. Id veteribus ſemper deteſtabile vitium. Tanto magis, quia plerique talium heredum fidem ſancte obſtrinxerant. Nemo tamen Reipublicæ temporibus jus publicum mutare poterat; fluctuavitque mos fideicommiſſorum inter exempla probitatis & perfidiæ, donec Imperator Auguſtus mutationem invexit, & Conſulibus auctor fuit, ut nominatos heredes cogerent fidei ſuæ commiſſis reſtituere hereditates. §. 1. *h. t.* Quod cum populo omnibuſque bonis placeret, tantus paulatim fideicommiſſorum favor eſt factus, ut tandem Prætor in id unice crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret, quem fideicommiſſarium appellabant; imo Claudius duos conſtituit, qui teſte Tranquillo *cap.* 23. contra morem ſuum non darent judices pedaneos, ſed ipſi cognoſcerent & ſententias ferrent, *l.* 178. §. 2. *de V. S.* Ulpian. *tit.* 25. §. 12. Poſtea vero alius fideicommiſſorum uſus invaluit, ut inſtar ſubſtitutionis fungeretur; eo quod teſtatores rogabant ſuos heredes, ut hereditatem poſt aliquod tempus vel conditione exiſtente aut frequentiſſime poſt mortem ſuam, ſeu pure, ſive, ſi ſine liberis diſcederent, aliis reſtituerent, idque per plures gradus ſine fine modoque. Imo hic uſus poſtremo ſolus remanſit, quatenus hodie ſatis conſtat, non licere per fideicommiſſa quicquam relinquere perſonis, quas leges inhabiles & inteſtabiles eſſe volunt, ſive aperte in teſtamento ſcribatur fideicommiſſum, ſeu tacita rogatione fides heredis ſcripti devinciatur; nam quod palam rogatur, id pro non ſcripto habetur, quod clam, id in fiſcum redigitur, *l.* 3. *de his quæ pro non ſcript. l.* 1. *& l.* 2. §. 2. *de jure Fiſc.* quod tot Pandectarum locis habetur ſcriptum, & eſt tam notæ doctrinæ, ut quando juris id ordinarii fuerit, ut perſonis incapacibus relicta præſtari neceſſe legeſque licitum fuerit eludere, non admodum imaginari poſſim.

2. (b) Relinquuntur fideicommiſſa in teſtamento vel ab inteſtato. In teſtamento, quæ ſunt univerſalia, nituntur hoc fundamento, ut primum aliquis recto jure inſtituatur heres, qui ſcilicet rogetur, bona reſtituere tertio. Non valet igitur teſtamentum, ubi ſcriptum eſt ita duntaxat, *Rogo te Luci, ut hereditatem, cum primum poteris, Cajo Sejo reſtituas*; ſed præmitti debet, *Lucius Titius heres eſto*, tum rogatio ſubjungi. §. 2. *h. t.* Lucius heres primus, in quo teſtator collocat fiduciam, quod amici fidelis officium ſit impleturus, vocatur heres *fiduciarius*; alter, cui debet reſtitui, is eſt *fideicommiſſarius*. Hic autem jus ſuum a fiduciario conſequi debet: Proinde ſi hic moriatur ante Teſtatorem fideicommiſſarius nihil habet quod petat, ſed Paterfamilias decedit inteſtatus, quia bona non poſſunt transire, devolvi & pervenire de primo in ſecundum, niſi mediante reſtitutione; reſtitui autem non poſſunt niſi ab eo, qui prius illa conſecutus eſt, *arg.* §. 2. *&* 3. Sand. 4. 5. 1. *verſ. nam ex recepta &c.* Quoniam autem ratio eſt immota juris, quod is, qui ſemel eſt heres, nunquam deſinere poſſit heres eſſe, *l.* 88. *de her. inſt.* ea res nec aliter ſe habere potuit in fideicommiſſis. Sed qui inſtitutus erat, is in perpetuum manebat heres, etſi bona atque hereditatem reſtituiſſet. *Is vero, qui recipiebat hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur*, ait Juſtinianus in §. 3. *h. t.* Quod eſt intelligendum, poſtquam SCta Trebellianum atque Pegaſianum conſtituta ſunt; namque ſub Auguſto, Tiberio, Claudioque Imperatoribus, ille, qui rogabatur, non poterat non eſſe heres ſemper & indiſtincte, adeoque ille bonis quoque translatis, in fideicommiſſarium actiones hereditarias inſtituere atque pati, convenire & conveniri debebat: quia non, ſicut res corporales, ita jura quo-
que

(b) *Poſ.* 5. 6. 7. 8.

Digitized by Google

que & actiones translationem de persona in personam, & quasi de loco in locum recipiebant: hoc opus legis esse, ratio dictat, & videbimus *infra tit. de Mandat.* Igitur ex sententia SCti Trebelliani, fideicommissarius heredis locum & jus tenebat, fiduciarius nomen duntaxat. Rursus ex consequentia Pegasiani, fideicommissarius quasi pro legatario habebatur.

3. (c) Scilicet, Trebelliano, quod factum est temporibus Neronis, Trebellio Maximo & Annæo Seneca Consulibus, cautum est, ut actiones hereditariæ tam activæ quam passivæ, una cum bonis & substantia hereditatis in fideicommissarium transirent; cum satis incommodum esset, ut is, qui bona non habebat, onera tamen sustineret: Actiones interim, quas fideicommissarius exercebat, non directæ sed utiles ex SCto erant, ut hactenus saltem juris subtilitati satis fieret, quia contingere non poterat, ut is, qui institutus non erat, heres proprie fieret. in §. 4. *h. t.* Atque ita quidem fiduciarius heres solo restitutionis officio defungi poterat neque molestiis litibusque hereditariis implicabatur; nihil tamen lucri percipiebat. Qua re paulatim compertum est, aliud nasci incommodum; nempe, ut heredes rogati, videntes nihil sibi aliud in testamento relictum quam ministerium adeundi reddendique hereditatem, animos ita inducerent, ut plane huic rei se miscere gravarentur, unde repudiatio & destitutio testamenti sequebatur. Cui medendo incommodo factum, imperante Vespasiano, Senatus. C. Pegaso & Pusione Coss. quod a Relatore dictum est Pegasianum, quo cautum, ut heres rogatus aliis restituere plus quam dodrantem hereditatis, perinde quartam partem retineret, atque ex Lege Falcidia de Legatis retinere conceditur. §. 5. *h.* Unde liquet, exemplo Falcidiæ hanc Pegasianam esse repertam: quin verisimile est, usu fori Romani Quartam Falcidiæ ad Fideicommissa fuisse productam, etiam antequam Pegasus retulisset; quia postmodum hæc Quarta fideicommissaria non Pegasiana, sed Falcidia nominari perseveravit, ut *l.* 11. *de leg.* 1. *l.* 30. §. 7. *ad L. Falcid.* §. 3. *Inst. Quib. mod. testam. infir.* Ex eodem SCto Pegasiano de fideicommissis singularibus Quarta detrahebatur, ut Justinianus in *d.* §. 5. de Pegasiano agens, *Ex singulis quoque rebus*, inquit, *quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est* (1).

4. Quia autem ex Pegasiano fiduciarius (de hereditate loquimur) non titulum inanem sed & vitulum, ut loquimur, bonaque ipsa habebat, translatio actionum ex sententia Trebelliani cessabat, eratque cum effectu heres; fideicommissarius autem etsi maximam bonorum partem consequebatur, tamen quia heredis qualitas non in rebus sed in jure consistit, pro herede haberi non poterat, quia duo heredes cum effectu nullo modo esse poterant. (d) Obtinebat igitur inter illos, quod semper juris erat, quando unus heres institutus alius magna ex parte legatarius erat: Hic enim partiarius dicebatur, & species legati partitio, teste Ulpiano *tit.* 24. §. 23. *& tit.* 25. §. 13. Usus igitur horum SCtorum nunquam pariter obtinebat. Sed alterutro fiduciarius debebat esse contentus. Igitur sic observabant, ut si quarta pro fiduciario ex providentia defuncti salva foret, hereditatem ille secundum Trebellianum adiret, ut in utrumque actiones hereditariæ pro rata quartæ atque dodrantis darentur, in heredem jure antiquo, in fideicommissarium ex SCto. Si quarta non esset salva, fiduciarius uti solebat beneficio Pegasiani, quartaque retenta, dodrante restituto, jus heredis exercebat; ne autem solus ferret onus æris alieni, cui respectu creditorum erat obnoxius, stipulationes eædem inter ipsos interponebantur, quæ solitæ sunt inter emptorem venditoremque hereditatis intercedere; Fiduciarius stipulabatur, quantam pecuniam hereditatis nomine solvisset, tantam sibi a fideicommissario pro rata dodrantis reddi; hic contra, quanta pecunia ad fiduciarium ex nominibus hereditariis aut aliunde pervenisset, tantum sibi pro simili rata dari apud Ulpian. *tit.* 25. §. 15. Paul. 4. *sent.* 3. Theophilus *hic*, & §. 6. *h. t. l.* 37. *de Pecul. & l.* 50. §. 1. *de V. O.*

5. (e) Sed ut fit in communione & partitione onerum atque commodorum, frequenter super his præstationibus hinc inde controversiæ oriebantur, adeo ut homo excelsi ingenii Papinianus stipulationes illas diceret esse captiosas, teste Justiniano in §. 7. *h. t.* qui tandem juxta sectam temporis sui, *τὰς τοῦ Πηγασιανίου περιόδους μισήσας τε καὶ ἐκβαλὼν*, *ambages Pegasiani odio habens & expellens*, ut loquitur in *Nov.* 1. *cap.* 1. §. 1. doctrinam hanc duplicis SCti ad majorem simplicitatem & consonantiam deduxit, faciendo ex duobus SCtis unum. Quod effecturus, Trebellianum ut prin-

(c) *Pos.* 9. 10. 11. 12. (d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 13.

(1) *Confer Hein. in not. ad Vinn. ad pr. tit. de leg. Falc. n.* 8.

Digitized by Google

principale confideravit: Pegafianum abolevit, ejusque vim omnem in Trebellianum transfudit; etfi enim in Pegafiano major utilitas, in altero tamen vis erat major, fi quidem pluris eft univerfi juris translatio, quam commodi alicujus pecuniarii adtributio: Ideo quod principale fuit, hoc alterum ad fe trahere debebat. Sententia autem Sćti ita, ut nunc eft, aućti, tribus fere conftat articulis; primo, ut is, qui plus quam dodrantem hereditatis rogatus eft reftituere, tantum e bonis detrahere poffit, quantum explendæ quartæ requiratur, idque tam per repetitionem, tradita hereditate, quam per retentionem. Alterum eft, ut actiones hereditariæ tam activæ quam paffivæ, inter fiduciarium & fideicommiffarium, pro rata quartæ atque dodrantis dividantur. Tertio, ut fiduciarius recufans hereditatem adire, ad hoc & ad reftitutionem compellatur. Hæc funt capita, quæ memorantur in § 7. *h.t.*

6. (f) Quod attinet ad primum, detraćtio fit fimpliciter in fideicommiffis primitivis, quæ ftatim reftituuntur, qualia nunc raro frequentantur: quis enim teftatores hodie audit ita loquentes; *Titius heres efto, rogo te Titi, ut hereditatem mox Cajo reftituas?* Sed in fideicommiffis, quæ reftitutionem in tempus longum & plerumque fub mortem differunt, frućtus interim ex hereditate percepti cum quarta compenfantur, *l.* 18. §. 1. *ad Sc. Trebell.* nifi cum pater aut mater filium filiamve reftitutione prægravarunt, quibus detraćtio Quartæ non ex reditibus, fed ipfa bonorum fubftantia debetur, *l.* 6. *pr.* & §. *ult. C. ad Sc.Trebell.* quos autem fupra quartam frućtus perceperunt, ad hos fiduciarii reftituendos nulli tenentur, *d. l.* 18. *in pr. nifi mora facta eft, aut cum quis fpecialiter fuerit rogatus & frućtus reftituere*, ut fcriptum eft *ibidem*. Rogatio vel expreffe fit vel tacite. Expreffe quomodo fiat, per fe patet; Tacite variis modis, veluti, quando hereditatem cum incremento reftituere juffus eft *l.* 63. §.4. *h.* vel fi dixerit teftator, *quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem reftitui volo*. l. 32. h. t.

SCHOLIUM.

Imo in hoc cafu frućtus non reftituentur, per expreffos textus Modeftini in l.83. de Leg. 3. & *Papiniani in* l. 57. pr. ad Sc. Trebell. *Quibus tamen non obftat refponfum Celfi ab Autore hic citatum in* l. 32. eod. *quippe in quo ratio decidendi latet in voce* De bonis meis, & *in voce* PECUNIAM; *adde Wiffenbachium* d. th.

RESPONSIO.

Tu igitur diftingue formulas tacitæ rogationis. Hæc verba; Quicquid ad eos ex hereditate bonifque meis pervenerit, *non afficiunt frućtus*, l.57. ad Sc. Trebell. l. 83. de legat. 3. *fecus hæc*; quantacumque pecunia ex hereditate de bonis meis. d. l.32.

Denique Papinianus docet in *l.*3. §.2. *de ufur. & fruct.* eum, *qui rogatus eft poft mortem fuam quicquid ex bonis fupererit, Titio reftituere*, videri etiam, ut frućtus reftituat, effe rogatum, cum qua confer *l.*58. §. *pen. D. h. t.* ubi hæc verba, *Quod ex hereditate fuperfuiffet*, frućtus non comprehendunt. Bona frućtus dicunt, hereditas frućtus non fignificat.

7. (g) Quartam igitur veteres fufficere exiftimarunt, quafi pro redhoftimento hereditatis reftitutæ, tunc deducendam, quando non erat falva. Nam ubi illa heredi, titulo inftitutionis aliove fuppetebat, amplius de Quarta οὐδεὶς λόγος erat & termini habiles deficiebant, quia dodrantem fideicommiffario reftituere debebat; quem non erat præftiturus, fi jam habens quartam, adhuc pro quarta deducere poffet; idque nec aliter in liberis a parentibus gravatis fervari, indicat *l.*6. *in fin.pr. C. h. t.* & *l.* 11. *C. ad L. Falc.* Alienam igitur oportet effe a jure civili fententiam, confenfu Doćtorum & valida praxi ubique receptam; quod a Parente rogatus hereditatem reftituere poft mortem fuam, jus habeat capiendi legitimam, qua filius eft, & Quartam Trebellii, quatenus eft gravatus. Moveri folet a diffentientibus, quod & alias geminæ dedućtiones in jure memorentur, velut in *l.*67. *ad L. Falcid.* quod ego in iftac fpecie non puto: Heres deducit ibi, fcilicet quartam Falcidiam, & fi tum adhuc plus fit relićtum quam per Juliam & Papiam licet, hoc quoque deducit. Sed non eft dedućtio, legati per leges imminutio, quia non plus ipfo jure legatum intelligi poteft, quam per leges fit licitum. Nec nifi unicam detraćtionem in *l.*3. §.2. *h.t.* intelligimus, ubi heres & a legatis & a fideicommiffis quartæ jus habet deducendæ, adeoque Falcidiæ & Trebellianicæ; Refponfio enim facilis, heredem ab univerfa hereditate, quam & fideicommiffo & legatis exhaufit teftator, quartam dedućturum quatenus eft gravatus; quam fimplicem effe & uniformem dedućtionem, res ipfa loquitur. Verum

(f) *Pof.* 21, 22. & 23.

(g) *Pof.* 24.

Digitized by Google

Verum eſt, legitimam & Quartam fideicommiſſi deſcendere ex alio atque alio jure, legitimam ex jure Naturæ, Trebellianicam ex SCto, unde alteram alteri non obeſſe conſequeretur, nec prohiberi filium diverſa adeo & diſcrepantia jura pariter exercere. Idque non ſine ſpecie diceretur, niſi hæ duæ detractiones ſe invicem everterent, unaque alteri terminos habiles adimeret, quod facit legitima Trebellianicæ, ſiquidem hæc non aliter competit, quam ubi quarta non-eſt ſalva; ſed qui habet legitimam, is, hodie præſertim, multo quidem plus habet. Plura, quæ proferuntur, ut quod legitima ſit æs alienum, ſimiliaque, refutatione vix indigent. (2) Conſtat interim, praxin hac parte jus Romanum ſubegiſſe, adeo ut ne Parentes quidem, legitima liberis relicta, Trebellianicæ detractionem prohibere poſſint, quod extra reſpectum legitimæ, jure Civili tam novo quam veteri, ſine dubio licet. *arg. N.* 1. *c.* 2. §. 2. Sande 4. 7. 3.

8. (h) Alterum caput SCti eſt, quod actiones atque onera hereditatis, ſcinduntur inter heredem & fideicommiſſarium pro rata, ut heres ſolvat æs alienum pro quarta, niſi rem, vel ſummam certam loco quartæ a teſtatore juſſus ſit retinere; quo caſu rem illam inſtar legati habet liberam, etſi quartam longe excedat, imo licet maximam bonorum partem exhauriat, quia ſecum conſtituere debet fideicommiſſarius, utrum ſibi ſuſcipere hereditatem ea conditione, an repudiare expediat, ut latius in §. 9. *h. t.* aut ſaltem conficere poteſt inventarium, ne ultra vires hereditarias teneatur, §. 6. *I. de Hered. qual.* tunc enim creditores ad fiduciarium ſe conferent; quem nihil ex hereditate, niſi dimiſſis creditoribus, lucrari poſſe certum eſt. Forte autem nequidem citra inventarium, fideicommiſſarius ultra quam ad ipſum pervenit, legatariis tenebitur, herede fiduciario cæterum obligato, per ea, quæ tradit Ulpianus in *l.* 1. §. 17. *ad Sc. Trebell.* At de legatis quid juris erit, an horum quoque præſtatio ſcinditur inter fiduciarium atque fideicommiſſarium? Si nihil præter quartam penes heredem remaneat, ea quidem per legata minui non debet; quia ſic conſtitutum eſt, ut per teſtatorem quarta pars bonorum ſalva ſit heredi, neque plus dodrante ſeu legatis ſeu fideicommiſſis exhauriatur. Atque ita Julianus ſcribit apud Ulpianum in l. 1. §. *ult. h. t.* ſi is, qui quadraginta in bonis habeat, trecenta legaſſet & hereditatem Sempronio reſtitui rogaſſet; centum, quæ faciunt quartam, deductis ab herede, legatorum actionem totam in fideicommiſſarium dari. Atqui Philippus in *l.* 2. *C. h. t.* reſcripſit, ad eum, cui ex Trebelliano SCto pars hereditatis reſtituitur, legatorum præſtationem *pro competenti portione* ſpectare; idque juris eſſe indubitati. Eſt ita, ſi non totum, quod poteſt teſtator, ſed partem duntaxat, adeoque minus dodrante reſtitui jubeat; tunc enim pro rata partium, quæ apud utrumque reſident, legata ſcinduntur, ut tamen nunquam minus Quarta apud fiduciarium relinquatur, quod & Julianus auctor eſt in *d. l.* 1. §. *penult. h. t.*

9. (i) Tertium caput SCti, quaſi ſanctionis vicem obtinens, eſt, quod heres fiduciarius hereditatem adire, atque ei, cui rogatus eſt, ſi ſponte nolit, reſtituere cogitur. *d.* §. 7. Fieri enim poteſt, ut vel timens negotia aut vexationem vel æris alieni cumulum, miſcere ſemet rebus alienis gravetur, quo caſu etſi difficulter aliquis ad ejuſmodi factum poſſit compelli, Prætor tamen ſuas partes interponit, heredemque etiam, ſi neceſſe, captis pignoribus adigit, ut officio adeundi reſtituendique, ſine onere tamen ſuo & quaſi dicis gratia, fungatur; nempe ut fideicommiſſarius curet æs alienum omniaque negotia hereditaria, ipſe præter nudum juris miniſterium nihil omnium attingat, nihil etiam lucri, adeoque nec Quartam percipiat, quemadmodum Ulpianus *πραγματικῶς* docet in *l.* 4. *h. t.* cui addit Marcianus, eum etiam, qui magna præditus eſt dignitate vel auctoritate, viliſſimi cujuſque, etiam arenarii vel meretricis hereditatem, adire atque reſtituere cogi, *l.* 5. *h. t.* quin etſi alio loco, inde procul, ubi habitat, juſſus ſit adire, voluntatem defuncti implere debet, *l.* 6. §. *ult.* ut tamen impendia & vacationum utilitates ei præſtentur, neque etiam morbo implicitus proficiſci cogatur, multo minus conditioni, quæ diſpliceat, parere, veluti ut nomen teſtatoris veſpillonis ferat. *l.* 7. *eod.* Petenti tamen ſpatium deliberandi conceditur, *l* 9. §. 1. modo ne nimis longum, ne prius decedens fideicommiſſarium decipiat. *l.* 13. §. 3. *h.* Quod ſi major magiſtratus ſit inſtitutus & rogatus, qui ab alio magiſtratu compelli nequeat, Principale auxilium implorandum eſt. *d. l.* 13. §. 4.

Debet

(h) *Poſ.* 18. 19. 20. (i) *Poſ.* 14. & 15.

(2) *Argumenta non ſpernenda pro contraria ſententia ſuppeditat Hein. in not. ad Vinn.* §. 7. h. t. n. 2.

Debet autem restitutio fieri, quando dies legati cedit, hoc est eo tempore, quo testator hereditatem ad fideicommissarium pervenire voluit; quæ res pluribus est obsepta difficultatibus, quam ut hoc loco absolvi queat: Scholiastes eam quoque latius prosecutus est; sed nos eam rejiciemus ad *usque Pandectas*, *titulo*, *Quando dies legat. vel fideicomm. cedat.* Prorsus igitur repudiare non licet, quin coactioni subjectus sit heres, *l.*14.§.1.*h.t.* si fideicommissarius eum cogere supersederit, ac interim ille sit mortuus, hereditas ad legitimos defertur cum onere fideicommissi, *l.*2.§.*ult. de suis & legit. hered.* sed si fiduciarius neque repudiaverit neque compulsus adierit, ac interim sit mortuus, heres ejus etiamnum compelli posse videtur; *cur enim recusaret quod recusare non potuit is, cujus hereditatem suscepit?* ait Marcellus in *l.* 44. *pr. ad SC. Trebell.*

SCHOLIUM.

Loquitur equidem l. 44. *non de herede fiduciarii, sed fideicommissarii. Interim tamen argumento* d. l. 44. *verbis*: cur enim recusaret &c. *poterit hæc assertio probari. Probabitur etiam argumento* l. penult. §. 1. C. ad Sct. Trebell. *quod facit* Wiss. ad ff. de Sct. Trebell. th. 10.

Quod si nullum successorem reliquerit fiduciarius, *utiles actiones ipso jure* transeunt in fideicommissarium, ex constitutione Justiniani in *l. pen.* §. 1. *C. h. t.*

10. Restitutio non tantum fit possessione translata ex mutuo consensu; sed etiam patientia heredis, concedentis fideicommissarium res hereditarias vel omnes vel aliquas earum possidere, hac mente tamen, ut vellet restituere, & ille suscipere, non si ex alia causa. Sed & si verbo dixit, se restituere, vel per epistolam vel per nuntium, hereditas pro restituta habebitur, actionesque ipso jure transibunt, *l.*37. *in pr. h.t.* nisi heres ante restitutionem pignus acceperit; quippe illius nomine actio hypothecaria non transit, nisi mediante cessione, ad quam tamen heres compelli potest; idque etiam obtinet, tametsi contractus, propter quem pignus acceptum est, a defuncto fuerit initus, *l.*73.*h.t.* attamen contra fidejussorem, quem heres a debitore hereditario ante restitutionem accepit, transeunt immediate actiones in fideicommissarium, *l.*21. *pr. de fidejuss.* similiter pecuniam defuncto debitam, & sibi constitutam, heres post restitutionem ex Trebelliano petere non potest, quia principalem obligationem transtulit ad alium, ait Paulus in *l.*22. *ff. pecun. Const.* Differentia igitur num forte statuenda inter pignus hypothecamve, aliosque contractus, an dicemus in *dd. ll.*21. & 22. contractus fuisse initos κληρονομίας ὀνόματι, ut Basilici notant, *nomine hereditatis*, & *l.* 37. nomine proprio heredis? Quod facilius videtur. Si nomine hereditario, translatio fit ipso jure; si suo, debet cogi ad cessionem faciendam.

11. Coactionis illius ratio, cum toto hoc titulo a Jctis tam πραγματικῶς tractetur, quemadmodum supra monstravimus, non est dicendum, heredem fiduciarium præstando id, quod interest posse defungi, sed omnino ad ipsum aditionis factum a Magistratu adigetur; tamen si quis adeo sit contumax, ut neque captis pignoribus, neque multæ dictione ad parendum Prætori possit adduci, res loquitur, fieri non posse, uti ad factum adeundi cogatur, sed in locum facti illius implendi, ex jure ordinario sequitur actio in id quod interest, §.*ult. Inst. de V. O. l.* 72. *ff. eod.* interim hereditas nihilominus pro adita, potestate juris habebitur, actionesque transibunt, ne pervicacia fiduciarii testatorem faciat intestatum. *argum. cit. l. pen.* §.1. *C. ad Sc. Trebell.* Quod si pareat compulsioni, ac interim is, a quo coactus est, decesserit, heres ejus hereditatem actionesque suscipere cogitur, *l.*44. *in pr. ad Sc. Trebell.* si heredem ille non habeat, adeoque non sit cui fiat restitutio, tum petere potest, ut bona hereditaria vendantur; aut creditores id, petita separatione, impetrare possunt. *l.* 1. §. 6. *de Separat.*

12. (k) Qui coactus, ita ut diximus, adit atque restituit hereditatem, expers est omnis lucri, expers omnis oneris. *l.* 4. *h.t.* Culpam nihilominus, quam præstant fideicommissarii, luere debebit, sed eam duntaxat, *quæ dolo proxima est*, *l.*22.§.3.*h.t.* tametsi legatarium de levissima quoque teneri, ex *l.* 47. §. *pen. de legat.* 1. dictum sit alibi; quia legatarius rem alienam possidet, fiduciarius interim dominus est, atque etiam alienare potest, ad valorem quadrantis sui indistincte, *l.*3.§.3.*h.t.* ac insuper *dotis*, *sive donationis propter nuptias* liberis suis faciendæ gratia, ex *Auth. res quæ C. comm. de legatis*, quod recte Interpp. ita monent temperandum, ut de ejusmodi dotibus, nuptialibusque donationibus, quas præstare debuisset testator aut fuisset præstiturus, intelligantur; de liberis enim loquitur Authentica. Si vero, *quod ex bonis* post mortem *superfuerit*, restituere sit rogatus, jure novissimo constitutum est, cum jus habere diminuendi atque alienandi usque ad dodrantem, solo quadrante necessitati restitutionis subjecto: idque nec

(k) *Pos.* 16.

Digitized by Google

nec sine exceptione, videlicet dotis, donationis propter nuptias in liberos conferendæ, redemptionis captivorum, necessariique alimenti gratia. in *Auth. Contra. C. h.t.* Si quid tamen mala fide contraque boni viri arbitrium sit consumptum, id repeti potest a fideicommissario; qui etiam attendere debet, ne impensæ & erogationes fiduciarii ex hereditate factæ, soli fideicommisso imputentur, sed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, distribuantur. *l. 54. h.t.* Quocirca res postulat, ut heres de superfluo tantum rogatus; atque etiam, ut fieri solet, remissa vel prohibita inventarii confectione, qualemcunque tamen bonorum descriptionem, sumptibus fideicommissarii petentis exhibeat, ex qua constare aliquando possit de qualitate & quantitate rerum hereditariarum, de proportione Quartæ & distributione impensarum; idque usu servatur, teste Sandio *lib.5.tit.3. definit. ult. in fine.* Huc etiam pertinet cautio, quam heres præstare debet, se fideicommissum, tempore quo rogatus est, restituturum. *l.1. & tit.ff.ut leg.et. vel fideic. nom. cav.*

13. (l) Creberrima usu sunt fideicommissa conditionalia, quibus rogatur heres, conditione aliqua existente, hereditatem restituere; maxime *si sine liberis decedat*, qua pendente, palam est non posse eum cogi ad restituendum, *l.27.§.4.h.t.* quin si velit, rem interea alienare potest. *l.48.§. ult. de jure Fisci.* Quod si fiduciarius conditionalis repudiet hereditatem, non est alius exitus, quam ut fideicommissarius eam, si velit, suscipiat actionesque ipso jure quasi translatas exerceat, secundum *d. l. pen. §.1. C. ad Sc. Treb.* Imo aliquando, etiamsi existat conditio, non esse compellendum heredem, æquitas & favor pietatis suadet; nimirum, si pater filium, uti post mortem Titio restitueret hereditatem, rogaverit, filioque dein proles sit nata; mortuo filio, non fiet restitutio, sed bona penes liberos defuncti, qui sunt nepotes testatoris, remanebunt, quoniam avus eo creditur affectu erga nepotes fuisse, ut additamentum conditionis, *si filius sine liberis moreretur*, tacite intellexisse videatur, *l.102. de C. & D. l. 30. C. de Fideicomm.* Quæ conjectura deficit, si filius tempore facti testamenti, quo fideicommissum est conditum, liberos habuerit, eosque vivere avus non ignoraverit; proinde in ea specie fideicommissum nihilominus restituetur extraneo, deducta Quarta Trebellii, aut potius secundum hypothesin juris novissimi, Legitimæ, imo, ut pragmatici volunt, utraque. Denique non licebit, quod de avo respectu nepotum diximus vel patrum erga filium transferre ad fideicommissum, quo filius parentem heredem obligaverit; neque hoc, liberis postea instituto parenti natis, intercidere dicendum est. *arg. l.7. §. ult. si tabb. testam. nullæ ext. & l.15. de inoff. testam.*

14. (m) Tribus itaque capitibus istis absolvitur hodie SCtum Pegasiano-Trebellianum. Quod etsi de universa hereditate ut plurimum loquatur, de parte tamen æque omnia intelliguntur, §.8. *h.* de parte videlicet assis. Nam de singulis rebus fideicommisso gravatis sequenti capitulo agetur. Præterea sciendum, etiam heredem ab intestato fideicommisso posse gravari. §.10. Nam etsi nihil a testatore, sed omnia a Lege accipere videatur, cui sit consequens, eum a testatore neutiquam posse onerari, *l. 9. C. de Fideicomm.* re tamen solide examinata, non potest non a defuncto honoratus censeri etiam is, qui ab intestato succedit. Lex enim hereditatem ipsi defert ex præsumpta defuncti voluntate & affectu, qui sanguine proximis præ cæteris bene voluisse existimatur suaque illis bona destinasse, quia non alios, quemadmodum poterat, scripsit heredes. *l.8. §. 1. de jure codic. l.1. §.6. de Leg. 3.* Etenim semel receptis fideicommissis, magis magisque, ut in noviter repertis fieri amat, amplificata sunt, & producta ad casum intestati, quin etiam eo, ut fideicommissarius rursum fiduciarius fieret, isque, cui restituta hereditas, eandem totam vel pro parte alii restitueret. At vero non tota vis SCti in ipso iterum exercetur, sed veteris tantum Trebelliani; potest enim cogi ad restituendum, & actiones ab ipso in novum fideicommissarium transeunt, *§.11.h.l.1.§.8.h.t.* sed quarta, quam Pegasus olim dabat gravatis, non conceditur huic secundo fiduciario; cum, quia sic hereditas nimis extenuaretur, tum quod cessat ratio præcipua, quia tum non est periculum, ne testamentum destituatur, semel adita hereditate. *l.47.§.1. ad L. Falcid. & l.22. §. ult. h. t.* Excipitur, *nisi liberalitatem tantum ad priorem fideicommissarium heres voluit pertinere*, ut Neratius scribit apud Ulpianum in *l. 1. §. 19. ad Sc. Trebell.* hoc est, nisi primus fiduciarius detractionem quartæ remiserit, in favorem primi fideicommissarii, tum hic integram hereditatem solita detractione minuere potest; item si primus heres adire ex Trebelliano coactus, totam fideicommissario tradiderit; tunc enim ille secundo fideicommissario eam

(l) *Pos. 25.* (m) *Pos. 26. & seqq.*

eam restituens, quarum habet deducendam. *l.* 55. §. 2. *eod.* (3) Imputari autem posse fideicommissario secundo detractionem a primo herede factam, dubio carere debet per *l.* 78. §. 11. *h. t.*

15. Sed & sæpius fieri potest repetitio fideicommissi; imo nihil usitatius est, quam ut per compendium descendentes onerentur, ut fiat perpetuum per omnes gradus commissum. Quo tamen casu placuit, quando simpliciter descendentes onerati sunt, vim rogationis ultra quartum gradum, sive generationem a testatore computandam, non extendi; quod Interpp. ex Nov. Justiniani CLIX. collegerunt, ubi testator heredes rogaverat, ut bona suis filiis ac nepotibus restituerent, addito interdicto, ne ex suo nomine familiaque domos alienarent. Respondet in *cap.* 1. Imperator, fideicommissum & prohibitam alienationem, esse personale duntaxat onus, non reale, neque ultra filios atque nepotes produci.

Ex quo discimus, si personæ sint expressæ, quarum intuitu fideicommissum statuitur, licet addat testator, se nolle, ut res e familia sua alienentur, eam prohibitionem non ulterius quam ad easdem pertinere personas; quia tum clausula ista prohibitæ alienationis non fiat per se, sed accessoria est præcedentis fideicommissi. Sand. 4. 5. 20. Præterea testator in *d. N.* 159. codicillis nepoti ex filio reliquerat domum luculentam, cum interdicto alienandi, tam ipsius, quam successorum ejus respectu, addito, se illam, *per omnia & perpetuo velle permanere in familia sua, neque unquam de suo nomine egredi*. Nepote mortuo, hujus filius, pronepos testatoris successit, qui filiæ suæ pupillariter substituit matrem & uxorem, alienas a familia primi testatoris. Ideoque Alexander, proximus ex eadem familia, domum illam cum annexis a matre aviaque infantis mortui evincebat. Decidit Imperator in *cap.* 2. *Hujusmodi quæstiones post quatuor demum generationes moveri, id scrupulosa diligentia plenum videri*: & mox; *quod quatuor jam generationes præteriisse viderentur, haud sustineremus tam obsoletam causam denuo tradi judiciis*.

Ex his advertendum putamus, primo computationem quatuor graduum non esse faciendam juxta numerum possessorum, ut opinari aliquos vidi, sed generationum simpliciter. Ideoque fieri posse, ut prohibita alienatio cesset, ubi non fuerunt quatuor Possessores; quemadmodum heic, tres tantum possederant domum fideicommissam: nepos, pronepos, abneptis. Contra evenire potest, ut quatuor vel plures fuerint possessores; neque tamen exspiraverit prohibitio, ut si fratres plures successive id habuerint, hi omnes pro uno gradu, quemadmodum sunt, haberi debent.

Secundo, vix videri locum esse reprehensioni, qua Cujacius notat Pragmaticos, qui ex *d. Novella* generaliter statuunt, prohibitiones simplices & fideicommissa realia non nisi ad quartum usque gradum produci: verum quidem est in specie ibi proposita, rem extra familiam testatoris mediante pupillari substitutione esse delatam, sanctionemque Imperatoris ad similes controversias proprie spectare, ut *ex cap. ult.* videmus, ubi, *Atque hæc*, inquit, *non tantum præsentis causæ decisio esto, sed & reliquarum, in quibus hujusmodi prohibitione facta, tot successiones præterierint; & ultimus heredum, per intervenientem aliquem in medio impuberem, hereditatem capessat*. Sed etsi non fuisset substituta mater, tamen idem juris futurum fuisse, docet expresse Imperator in *cap.* 2. his verbis; *unde tametsi testamentum*, (in quo substitutio pupillaris facta erat,) *ille non fecisset, suburbium tamen ad matrem ejus pervenisset; non pupilla, sed ipsa quodammodo lege horum causa existente*, hoc est, ab intestato, quoniam antea dixerat, id genus quæstiones ultra quatuor generationes non esse producendas. Utique, si non plane post tot gradus interdicta illa evanescerent, ne per substitutionem quidem enervari potuissent: nam per alienationem prohibitam etiam testamenti factionem sublatam esse, tralatitium est.

16. (n) Cæterum, etsi fideicommissa in tantum a primæva sua natura recesserint, ut non amplius a fide heredum rogatorum, sed a numero solenni testium, ut reliqua ultimarum voluntatum, pendeant, herede etiam ignaro; mansit tamen vestigium pristinæ fideicommissionis eo casu, quando constat, heredem ipsum a defuncto coram rogatum, ut hereditatem ejusve partem aut rem certam alii restituat. Etsi enim tunc non adfuerint quinque testes, qui alioqui in fideicommissis, ut in omnibus ultimarum voluntatum speciebus minus solennibus, requiruntur, *l. ult.* §. *ult. C. de Codicill.* nihilominus heres compelli potest ad implendam defuncti voluntatem, si modo testes, quot sufficiunt ad probationem rei gestæ, adfuerint, hoc est, duo vel tres tam mares quam feminæ; aut

(n) *Pos. ult. tit. seqq.*

(1) *Tantum abest, ut secunda exceptio quam Auctor hic tradit, deduci possit ex* l. 55. §. 2. h. t. *ut e contra Papinianus eam ex professo illic improbet.*

Digitized by Google

aut si nulli adfuerint, modo heres fateatur, se esse rogatum: Nam effugium, quod solennia sint omissa, nihil eum adjuvat, quia placuit in fideicommissis ea non aliter desiderari, quam si heres non sit rogatus. Hoc si factum, tenetur heres velut ex contractu fide data. Quod si rogatum se neget, neque testes adfuerint, nihil aliud superest quam religio jurisjurandi, quod is, qui sibi restituendam esse ait hereditatem, illi defert, præstito prius calumniæ juramento; quæ omnia jure veteri admodum consentanea statuit Justinianus in §. *ult. h.t. l.ult. C.de Fideic.* neque non usu fori observantur, teste Sandio *lib.* 4. *tit.*5. *defin.*18. quem vide, ut & Vinnium *hic.*

TIT. XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

(a) Atque hæc de universalibus fideicommissis dicta sufficiant; *De singulis rebus per fideicommissum relictis* est etiam caput in Institutionibus; sed quæ ad hoc pertinent, ea paucis explicari possunt. Cum enim per omnia legatis adæquatum sit particulare fideicommissum, eo sensu, quo diximus *ad tit. de legat. a pr.* ea, quæ *superius* de legatis fuse dicta sunt, *ἀπὸ κοινοῦ* facile erit repetere & applicare.

2. Termini tamen, adeoque res adhuc sunt diversæ, Legata & Fideicommissa; nam quod verbis directis & imperativis relinquitur, Legatum dicitur; quod obliquis & precativis, hoc est Fideicommissum, §.*ult. h.* nec memini, qua parte recesserim heic loci a meis *supra* dictis, ut scholiastes notat, nec quid sit, admonet. Particulare igitur est, quando quis alii rem certam rogatur restituere, veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam, in specie scilicet, hunc vel illum fundum, hominem & cætera, vel etiam plures fundos, homines, aut argentum, vestem vel pecuniam. Etsi enim generali vel universali complexione quarundam rerum fuerit usus testator, est tamen singulare fideicommissum, quoties hereditas vel pars assis non rogatur restitui. Neque tantum heres de re speciali potest rogari, sed & legatarius & particularis fideicommissarius, §. 1. *h. l.* 9. *C. de fideic.* & mortis causa donatarius. *l.* 77. §. 1. *de leg.* 2. Cui est consequens, quod etiam a legatario legatum hodie possit relinqui, perinde ac fideicommissum: si quidem nulla inter hæc duo superest differentia, contra quam olim, *pr. h. t.* Ulp. *tit.* 24. §. 10. Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. §. 4. Legari quoque res alienas uti diximus, ita & recte per fideicommissum relinquuntur, ut heres aut legatarius rogetur eam redimere & alii præstare, iidemque de suis rebus & propriis rogari possunt, modo ne testator plus oneris exigat, quam ipse lucri & honoris adscripserit. §. 1. *h. t.* Nam si hæc fecerit, etsi Heres legatum sibi relictum agnoverit, tamen ad plus aliis præstandum, quam ipsemet acceperit, non tenetur; *Nam quod amplius est, inutiliter relinquitur*, ait textus hoc §.1. Quin imo nec heres ipse de legatis ultra vires hereditarias unquam tenetur. *l.*1. §.17. *ad Sc. Trebell.* (1)

3. (b) Plane, quod ad effectum, nihil legata & hæc fideicommissa discrepare animadvertimus, nisi quod in libertate relicta id, quod olim intererat, hodieque superesse videatur; nempe, quod servus, cui directe legatur libertas, fiat immediate liber ex testamento, ac ita libertus *orcinus*, cujus Patronus sit in orco, vel Charonites sive *χαρωνιχὸς*, ut Theoph. cujus manumissor cymba Charontis sit transvectus, pari forma ac olim Senatores, qui ab Antonio quasi e commentariis Cæsaris erant allecti, dicebantur *Orcini*, Suet. *Aug. c.*35. Plutarcho in *vita Antonii*, *χαρωνῖται Charonitæ*, quia Græci Charontem norunt, Orcum non appellant. At quibus per fideicommissum relinquitur libertas, hi ab herede rogatu testatoris debent manumitti, & sic ipsius sunt liberti, ut is habeat jus succedendi ab intestato petendique bonorum possessionem contra tabulas, prout omnes Patroni, §.2.*h.l.*7.*C. de fideic. lib.* quanquam operas a tali manumisso exigere non potest. *l.* 29. *de bonis libert.*

SCHOLIUM.

At quid si testator dixerat, Titius heres Davum manumittere damnas esto. *Verborum formula Legatum idesse indicat. An vero & hic servus libertatem ipso jure accipiet? Non puto, id enim defunctus noluit, ergo patet, decisionem* d. §.2. Instit. de sing. reb. per fideicommiss. rel. *non a differentia legatorum & fideicommissorum, sed aliunde petendam esse.*

RESPONSIO.

Unde igitur? Ex eo haud dubie, quod naturalis

(a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4. (b) *Pos.* 5. 6. & 7.

(1) *Est tamen exceptio de jure novissimo, quam Auctor non admittit, nisi heres non confecto inventario hereditatem adiverit.* Nov. 1. Cap. 2. §. 2.

Digitized by Google

lis significatio verborum nunquam abolita fuit, verum semper justam retineat interpretationem. Quando igitur Testator ita loquitur, ut factum heredis necessario interveniat, tunc ipso jure quod voluit, impleri non posse res loquitur. Ita fit in legato damnationis, æque ac in fideicommisso, & hinc eadem utrobique ratio.

N. ADDIT.

Et sufficit adeo, quod ex ipsa hac Autoris expositione mentis meæ constet, verum esse, quod dixeram, decisionis in d. §. 2. rationem aliunde petendam esse, quam a differentia legatorum & fideicommissorum.

Sed hæc differentia, sublatis servitutibus & manumissionibus, sponte evanescit, neque vero differentia ista transferendi ipso jure legata, non æque fideicommissa, tuto ad res alias producetur; etenim quominus hæ per fideicommissum relictæ minus ipso jure quam legatæ res adquirantur, secundum *l. 1. de leg. 1.* nihil profertur. Alia manet, ea quam modo collocavimus ex *§. ult. de fideic. hered.* fideicommissum præsente & audiente herede relictum, nullam aliam solemnitatem quam ipsius conscientiam vel testes duos requirere, quod de legato dici nequit, siquidem ad heredem verba referri & dirigi debent, ut solennitas remissa intelligatur: at eo modo conditur fideicommissum, quod in se & conceptione verborum adhuc a legato differre, effectibus duntaxat confusis, *supra* ostendimus: Ideoque sanctio *d. §. ult.* ad legata non pertinet.

SCHOLIUM.

Ad legata tamen etiam d. l. fin. C. de Fideicomm. *extendunt Pantschmann.* l. 2. quæst. 7. *Sichardus* ad d. l. fin. n. 13. *quos secuti videntur JCti Jenenses in responso ap. Richterum* decisione 62. n. 21. & 23. *Sed cum Autore faciunt Sande* lib. 4. tit. 5. def. 18. *Frantzk.* ad Inst. §. fin. de fideicomm. *Heigius* ibidem. *Praxin judiciorum nostrorum vid. ap. Carpzov.* 3. 8. 40. seq. *Philippi* lib. 3. Eclog. 102. *Richter.* d. decis. 62. n. 20. & 21. Idem liquet inde, *quod constitutio Justiniani sit saltem de fideicommissis concepta,* Franzk. d. l. *& quidem etiam de universalibus, quæ non ita ut singularia legatis exæquata sunt. Contra pro dissentientibus afferri poterit, quod legata fideicommissis sint exæquata, quodque respectu verborum fere nulla videatur esse differentia, an Testator præsente herede dicat:* Titius habeto centum; *an;* volo ut Titio dentur centum; *preprimis in idiomate Germanico.*

RESPONSIO.

Hæc ratio inde refellitur, quod modo dictum est, nativam significationem verborum, quatenus diversa manet in legatis & fideicommissis, non esse sublatam.

N. ADDIT.

Initio hæc responsio non quadrat, quia in dato casu ostendi, nullam diversitatem significationis verborum adesse. Secundo ipse Autor in præcedenti Scholio concesserat, legati damnationis & fideicommissi, esse unam eandemque significationem. Ergo addamus hos casus pro illa sententia: Quid interest sive dicit testator: heres meus Titio centum dare damnas esto. *Sive,* volo, jubeo, mando, ut heres meus Titio centum det. *Tertio jungendum erat cum præcedente Scholio sequens, quod Autor, nescio qua de causa, separaverit, cum in positionibus, uti ibi extat, continuet rationes pro dissentientium sententia, & in ista separatione, quam nunc fecit Autor, non habeat sensum ita commodum. Forte id ideo factum, quia sensit Autor rationem, quod hic sufficiat sola testatoris voluntas, ita prægnantem esse, ut non haberet quod ei opponeret.*

Dicendum autem, etsi heres fidem testatori non dederit, sed rogatus tantum sit, tamen habere locum sanctionem *d. §. ult.*

SCHOLIUM.

Adde quod hic sufficiat sola testatoris voluntas; nec necessum sit, an heres fidem testatori insuper dederit. Prælect. p. 259. n. 16. *Dico* præsente herede: *Nam si hic absens fuerit, legata sine quinque testibus non valere certum est, ut nec fideicommissa.* arg. d. l. ult. C. de Fideicomm. *Philippi* d. Ecl. 102. n. 6.

Cæterum in legatis, sicut in omni ultima voluntate, requiritur etiamnum numerus quinque testium. *l. ult. §. ult. C. de Jur. Codicill.*

TIT. XXV.

De Codicillis.

I. Origo Codicillorum & quid sint. II. Heredis institutionem non recipere. III. Quotuplex Codicillus. IV. Quæ sit vis clausulæ codicillaris. V. An directa institutio per eam sustineatur, & quid hodie juris sit ex sententia Dd.

(a) QUemadmodum fideicommissa eludendis legibus reperta sunt, ita scrupulosæ subtilitati juris testamentarii declinandæ, receptus est usus Codicillorum. Etenim, quia tre-

(1) *Pos.* 1. 2.

Digitized by Google

frequenter eveniebat, ut quibus integrum non esset, tot adhibere solennia, quot in testamentis requirebantur, nec tamen æquum, toties eos destitui facultate disponendi; ratio aperta est, qua salva juris testamentarii subtilitate, desiderio ægrotantium aut peregre agentium satisfieret, ut latius memoratur in *pr. Inst. h.t.* Placuit igitur *Codicillos* recipi, qui sunt *species ultimæ voluntatis minus solennis de iis, quæ quis post mortem suam fieri vult, excepta heredis institutione.* Hoc enim discrimen ideo servatum, ne jus testamenti, cujus basis ac fundamentum est heredis institutio, hac ipsa solennitatum remissione involveretur. Facile (b) igitur apparet, differentiam codicillorum a testamentis, in summa esse duplicem, quod in hoc institutio heredis, quæque ab ea dependent, fieri nequeant, & quod solennia juris in codicillo sint remissa, quæ quot numero sunt, totidem differentiæ capita numerari possent; sane est inter ea, quod etiam mulier in codicillo testis esse queat, ut quidem videtur. Cum enim nusquam ei testimonio, præterquam in testamento, interdicatur, eaque prohibitio unum ex solennibus testamenti constituat, neque novissime inter requisita Codicilli hæc ipsa recenseatur; satis clarum est, nihil causæ videri, quare personam mulieris a Codicillis arceamus, accedente pari argumentatione ac Paulus utitur in *l.*18. *de Testibus*. (t) Quod autem sub finem *princ.h.t.* scriptum est, *si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posse*, videlicet de impedimentis facti, non juris accipiendum, ut satis indicat *l.*6.§.3.& *l.*8.§.2.*h.t.*

2. (c) *Supra* intelleximus, Heredis institutionem in Codicillis fieri non posse, id & ampliat, nec non limitat Imperator in §.2. *h.t.* Producitur enim & ad exheredationem, quemadmodum in contrariis easdem sequimur rationes. Sed nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere potest testator; Quin hæc omnia in codicillis directe facta, ipso jure nulla censentur. *d.*§.2.*l.*6. *h.t.* Nisi quod pupillaris substitutio, facta codicillis, quasi in fideicommissum flecti videatur, per *l.*76. *ad Sc. Trebell.* Perinde ut confirmatio heredis antea inutiliter instituti, facta codicillis valet jure fideicommissi, *l.*2. §. *ult. h. t.* quanquam declaratio heredis in testamento rite, sed absque nomine instituti, possit fieri codicillis, & recto jure subsistat. *l.*77. *de hered. instit.* & *l.* 10. *de Condit. instit.*

S C H O L I U M.

Imo quævis substitutio, institutio & exheredatio in codicillis factæ resolvuntur in fideicommissum, si modo constet, testatorem codicillos non testamentum facere voluisse, argumento d. l. 76. ad SC. Trebell. Videatur *Wissenbach.* d.l.th.19. *Strauch.* dissert. X. th. 23. *Philip.* Ecl. 105.

R E S P O N S I O.

Quod in d. l. 76. *benigna interpretatione placuisse dicitur, id universi juris facere non est Interpretis: etsi communem eam esse DD. sententiam, usu fori approbatam, non ignoramus.*

N. A D D I T.

Non melius judicare poterimus, quam ex ipsis textus verbis: Scævola respondit, si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem, eique Codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest: tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur. *Jam judicet omnis, an JCtus se fundet in speciali aliqua interpretatione benigna juris, an non in generali, & quæ applicari possit etiam ad* §.2.& l.6.h.t. *quæ Autorem moverunt, ut a sententia nostra dissentiret.*

Cæterum, ipsa heredis institutio ipsaque exheredatio, tametsi directe non bene fiat, expressa tamen per modum fideicommissi effectum sortitur, *d.*§.2.*l.*2.*C.h.t.* quo casu heres antea scriptus, aut legis successor, quartam Pegasianam deducere potest, nisi testator eam prohibuerit, ut ex loco de fideicommissariis hereditatibus recordamur. Denique ex eo, quod heres in codicillis institui nequit, hoc etiam sequitur, (d) non ut duo testamenta ejusdem hominis pariter subsistere nequeunt, ita & codicillum a codicillo necessario perimi, verum sine conflictu diversos valere, modo capita unius per alterum non tollantur: Quippe heredis institutio est universalis, codicilli duntaxat particularia continent. Universitates duas nemo solus habet simul, res singulares idem multas habet; Proinde dispositiones judicandæ. §. *ult. h.*

3. (e) Divisionem Codicilli ad instar testamenti recipiunt, in scriptos & nuncupativos; Etenim primitus scriptos duntaxat usitatos fuisse, nominis argumento patet; aucto tamen, ut fit, cum tempore eorum usu, declarationem quoque non scriptam solennibus Legum solvere placuit. *l. ult.* §. *ult. C. h. t. l.* 13. *C. de*

(b) *Pos.* 3. 4. & 5. (c) *Pos.* 6. & 7. (d) *Pos.* 13. (e) *Pos.* 8. & *seqq.* SS.

(t) *Dissentit Vinnius in fine h. t. quem refutat Hein. in not. ibid.*

SS.Eccl. Est & alia divisio plane a testamento abhorrens: Dicuntur enim codicilli, vel testato vel ab intestato fieri. §. 1. *h. l.* 8. §. 1. *h.t.* Testato, cum præter Codicillos defunctus etiam testamentum reliquit; ab intestato, cum non firmantur testamento aut secus. Confirmatio fit vel in futurum vel posteriori testamento. Confirmationis futuri Codicilli exempla sunt in *pr. h. l.* 6. §. 2. *l.* 8. *pr. eod. & l. ult. de fideicomm. libert.* Codicillorum pridem factorum in testamento sequenti confirmatio, olim erat necessaria, cum alioqui vitiarentur, non modo tempore Plinii Secundi, *l.* 2. *epist.* 16. sed & Papiniani sententia, *l.* 5. *h. t.* donec, ipso quoque superstite & forsitan auctore, Severus & Antoninus constituerunt, sufficere ad valorem codicilli, quod non appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse, *d.* §. 1. *h.* ex qua constitutione *d. l.* 5. in verbis *quocunque judicio* &c. interpolatam esse, observat Wissenbachius *emblem. Tribon. ad d. l.* 5. & ex eo noster Scholiastes.

N. Addit.

Notaveram & illud de jure noviori Codicis (1) l. ult. C. h. t. *pertinere ad solos Codicillos ab intestato*. (2) *Post* d. l. ult. *ita distinguendum esse: Aut prioribus Codicillis solennitates* d. l. ult. *fuerunt adhibitæ, aut non. Priori casu confirmatione expressa in subsequente testamento non erit opus, bene tamen posteriori*.

Interest tamen, confirmati sint nec ne codicilli; (α) si enim confirmati fuerint, tutor (β) in iis, & libertates (γ) directe dari possunt, alioqui tantum per fideicommissum. (δ) *l.* 3. *de test. Tut. l.* 1. *de confirm. tut. & l.* 43. *de manum. testam.*

SCHOLIUM.

(α) *Dicerem potius ex hypothesi Autoris: Interest*, testato facti sint nec ne. *Quamvis enim Juris-Consulti in textibus hic citatis per codicillos confirmatos testamento, intelligant testato factos; per non confirmatos, factos ab intestato*, tamen Autor in pos.10. *Testamento factos codicillos subdivisit in confirmatos & minus*.

(β) *Quoad tutorem hoc interest: quod in confirmatis valeat ipso jure, in non confirmatis, confirmari debeat a magistratu*. d.l. 3. & d.l.1.

(γ) *At postquam Jure Codicis legata & fideicommissa sunt exæquata, & libertates in codicillis ab intestato directo dari poterunt. Non obstat* §. 2. de sing. reb. per fideicomm. rel.

(δ) *Putarem & legata in codicillis ab intestato relinqui posse, argumento* l. 14. §. 1. verbis: quisquis mihi heres erit. ff. h. t.

RESPONSIO.

Prior animadversio parum liquida est: neque e textibus aliquid esse mutandum colligi potest. Reliqua bene habent & retineantur.

N. Addit.

Sit ita. Ergo expungi poterit Scholium istud prius etiam, mea consensu.

(f) Facti porro codicilli testato, vires capiunt ex testamento, ita ut hoc subsistente, valeant, alioqui non subsistant. *l.* 3. §. *ult. h. t.* Exemplum est in *l.* 12. §. 5. *de Capt. & de postlim.* ubi codicillus ab eo, qui servus hostium & postliminio reversus (alioqui servus foret *l.* 7. *pr. h.t.*) erat, sustinetur, quia testamentum ante captivitatem factum extabat; Imo quæcunque in Codicillis scribuntur, perinde habentur ac si in testamento scripta essent, *l.* 2. §. 2. *h. t.* quod tamen de his, quæ juris potius quam, quæ facti sunt, intelligendum monet Marcianus, *l.* 7. §. 1. *eod.* ut si servo meo legatum sine libertate reliquerim, non valet legatum; quod si postea in Codicillis libertas addita sit, habetur ac si testamento data fuisset, quoniam in facto subjecto nihil mutatum est, ideoque legatum valebit. *l.* 8. §. *penult. h. t.* Si quis autem in codicillis vestem *quæ sua sit*, leget, eo ipso tempore debet esse ipsius, non sufficit fuisse aut fore, condito testamento, *d. l.* 7. §. 1. item legato, *si Titius vivus est*: tunc debet vivere quando legatur & codicillus scribitur; testamentum efficere non potest, ut qui mortuus fuit, vixisse dicatur. Qui servum in Codicillo manumittit, recte agit, modo tunc solvendo sit, idque solum, non testamenti tempus inspicitur. *l.* 4. *h. t.*

4. (g) Hactenus de Codicillis ex primævo & veteri instituto, quo nullam solennitatem ordinationis desiderabant. Postea Theodosius in *l. ult. C. h. t.* sanxit, unitatem contextus in iis quoque servandam, & quinque testium subscriptionem adhibendam, supra quæ nihil de cæteris solennibus testamentorum huc est translatum. Si quis autem in eo fuerit, ut testamentum conderet, sed imperfectum; sæpissime constitutum & rescriptum est, eum nec Codicillos fecisse videri, *l.* 1. *h. t. nisi voluerit*, addit Ulpianus, *quasi codicillos id valere testamentum*, quod exprimere debet; alioqui juris id nulla interpretatio supplebit, *l.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. subst. & l. ult.* §. 1. *C. h. t.* præterquam in militibus, *l.* 3. *de Test. milit.* ubi

(f) *Pos.* 9. (g) *Pos.* 14. *& seqq.*

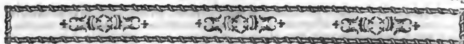
Digitized by Google

ubi testatur Ulpianus, plerosque paganos, cum testamenta faciunt per scripturam, solere adjicere, *velle hoc etiam vice codicillorum valere*, quo casu nemo dixerit, *addit*, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse. Atque hæc est celebris illa clausula codicillaris, quæ & laxius alioqui concipitur hoc modo; Ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, *hoc meum testament. cupio esse ratum quocunque jure poterit*; quibus verbis videtur voluisse, ut omnimodo valerent ea, quæ reliquit, etiamsi intestatus decessisset, ait Paulus in *l.* 29. §. 1. *ff. Qui testam. fac.* Jam ex illis locis non difficulter potest colligi, quæ sit illius clausulæ potestas jure civili, scilicet, ut imperfectum testamentum pro codicillo habeatur. Quid ergo, si tantum inchoata sit dispositio, non impleta, numquid tamen ea, quæ sunt expressa, valebunt? Videntur ex *d. l. ult.* §. 1. *Qui decrevit*, inquit, *facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videtur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam Codicillorum scriptura debeat obtinere*. Sed, opinor, idem vult Cæsar his verbis; *qui decrevit facere testamentum*, quod Ulpianus in *d. l.* 1. *h. t. qui testamentum facere opinatus est*; qui in hoc fuit, ut conderet testamentum, sed perficere cunctas non potuit solennitates: quæ voluit, ea quidem extulit; sed non rite pro testamento; tum scil. defectus solennitatum suppletur, non earum, quæ ad testamentum requiruntur, sed ut codicillus fiat: Relicta autem Codicillo heres legitimus, ut supra diximus, præstabit.

5. At directa heredis institutio non videbatur ita sustineri; Nam hæc in codicillo est ipso jure nulla, nec adjectio conditionis, nec substitutio rectis verbis facta valebat, quin nihil egisse testatricem, quæ hæc testamento directe inseruerit, affirmat Marcianus in *l.6. pr. h. t.* Si directa institutio, in codicillis optimo jure factis non flectatur in vim fideicommissi, quomodo ea vis sit clausulæ Codicillaris, per quam benigne duntaxat receptum est, ut testamentum vitiosum instar codicilli valeat, non animadverto. Quod si illa potestas sit clausulæ, ut heredis institutio vitiosa convalescat, nulla causa videtur, quare non etiam testamentum, in quo filiusfamilias vel posthumus est præteritus, eadem ratione sustineatur, atque ita cum clausula raro omittatur, omnia illa juris capita de filiofamilias instituendo vel exheredando, de rumpendo testamento per agnationem aliaque similia enervabuntur. Doctores tamen obtinuerunt, ut testamenta præteritione nulla aut exheredatione iniqua, sed hac clausula munita, heredem ab intestato obligare dicantur, quo scriptis hereditatem restituat, jure fideicommissi. Quando enim testator dicit, si hæc dispositio non valet jure testamenti, valeat jure codicillorum, aut quacunque ratione poterit, idem esse videtur, ac si diceret, si institutio non est valida eo modo, quo nunc ordinata est, volo ut effectum habeat, quocunque meliori modo a me disponi potuisset; adeo ut si necesse sit, filium heredem fieri, velim tamen, ut bona mea restituat ei, quem scripsi heredem; idque usus fori comprobavit, teste Sandio *lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 2. ad quam si non probandam, facit adjuvandam *l.* 2. §. *ult. l.* 13. §. 1. *h. t. & l.* 76. *ad SC. Trebell*, in quibus id doceri videtur, si constet, testatorem facere voluisse codicillum, quod etiam heredis institutio valore fideicommissi subsistat. Imo si dubitetur, utrum dispositio sit testamentum, an codicillus, neque testamenti jure queat, non dubitatur, quin pro codicillo haberi debeat, ut tradit idem Sandius. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 12. Quin imo etsi clausula codicillaris plane sit omissa, in praxi tamen eorum sententia obtinuit, qui facile eam intelligendam putant, eo quod cunctis testatoribus ea stet mens, ut voluntates suas, quacunque ratione poterunt, effectum habere cupiant, haud aliter animati, quam est Lucius Titius in *l. pen.* §. *ult. de legat.* 2. ubi ita: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo Juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam: & si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas*. Hoc tamen ne Pragmatici quidem patiuntur, ut præteritio posthumi per Clausulam codicillarem sustineatur: nec enim dubitandum videtur, quin id voluntati Testatoris repugnet, ut filius post testamentum factum natus, de quo Patrem non cogitasse credibile est, a successione prætextu clausulæ codicillaris excludatur. Gail. 1. 114.

Explicit Lib. Secundus.

Digitized by Google



EX
LIB. III.
INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

Historia tredecim priorum Capitum Libri Tertii.

TIT. I. *De heredit. quæ ab intest. defer.*

Lex XII. Tabularum dedit civibus Romanis liberam potestatem de bonis suis post mortem disponendi. Quo arbitrio si quis non esset usus, ipsa lex providit successionibus, secundum præsumptionem, quæ de voluntate defuncti quam maxime probabilis colligi posset, & juxta quam ipse, si superesset, facturus videretur. (1) Hereditas, quæ sic a lege defertur, nomen habet Legitimæ; alias, intestati, quasi per defectum testamenti. Intestatus proprie dicitur is, qui cum posset, non fecit testamentum, quemadmodum privatio, ut dicimus, præsupponit habitum facere; sed & alios, qui testamentum facere nec possunt, vocamus intestatos. *l.1.pr. de suis & legit. hered.* Primi jus successionis ex lege adipiscuntur Sui heredes, de quorum definitione supra dictum, qui emancipatos, licet gradu naturæ propiores, excludunt; veluti nepos suus in successione avi præfertur patri emancipato, §. 2. *I. h. t.* idque de suis tam adoptivis, quam naturalibus, & legitimatis accipiendum. Scilicet, si nepotes essent, ex filio natos oportuisse apparet, si quidem, qui sui alioquin esse non poterant, nepotes neptesque è filia præteribantur, qui tamen postea, æquitate flagitante, per constitutiones sunt admissi, post Suos, ante agnatos. §. *ult. eod.* Quoniam autem, suo herede mortuo, liberi ipsius confestim in locum succedunt patremque repræsentant, inde factum, ut partitio hereditatis in liberos ulterioris gradus non fieret *προσωπικῶς*, sed *κατὰ σεῖραν*, *non in capita, sed in stirpes*, hoc est, ut plures liberi tantundem acciperent, ac unus eorum parens fuisset habiturus, idque sive nepotes sint tantum, sive cum nepotibus pronepotes abnepotesque concurrant. §. *6. eod.* Suum autem heredem fuisse oportebat eo tempore, quo certum erat, eum, de cujus successione quærebatur, mortuum esse intestatum, adeo ut aliquis Suus fieri posset, qui tempore mortis non fuisset; ut in §. 7. habetur, ac etiam nepos post mortem avi conceptus & natus, mortuo Patre, (qui non fuerat heres suo Patri) non existat avo suus heres, neque plane cognatus, adeoque successione ab intestato destituatur. §. 8. *eod.*

Liberi emancipati jure civili exclusi, humanitate Prætoris, una cum Suis vocabantur ad bonorum possessionem, ex Edicto, *Unde liberi.* nisi ab alio essent adoptati; adoptione rursus soluta, recuperabant jus prætorium versus suum Parentem, nisi post mortem hujus essent emancipati; tunc enim neque adoptivo neque proprio patri succedebant, §. 10. & 11. *eod.* quod postea correctum est per *l. 10. C. de adop.* §. 2. *supra de Adoption.* §. 14. *h. t.* Adeo autem inter emancipatos cessabat successio, ut jure civili nec pater, nisi cum pacto fiduciæ eum emancipasset, heres fieret; quod pactum constitutione Justiniani semper intercessisse præsumitur. §. *ult. de legit. agnat. success.*

(TIT. II. *De Legit. agn. success.*)

Deficientibus liberis, Agnati proximi ex Lege XII. Tabularum in infinitum vocabantur, tam adoptivi quam naturales. *pr.* §. 1. & 2. *h. tit.* Agnatæ non ultra secundum gradum, id est, sorores duntaxat admittebantur; sequentes a Prætore beneficio Edicti *Unde cognat.*

(1) *Sed hæc ratio non potest convenire nisi juri per nov. 118. introducto: alia plane ratio fuit jure veteri, conservatio scilicet familiarum. Bynkersh. obs. lib. 2. Cap. 1.*

cognati juvabantur, donec a Justiniano omnes agnatæ maribus agnatis sint adæquatæ, §. 3. & 4. *eod.* qui & enormius sororum filios aliasque inter agnatos agnatasque vocavit. §. 4. Proximus autem censetur agnatus, qui tunc gradum obtinet proximum, quando constat, defunctum esse intestatum, scilicet testamento non facto, cum moritur; alias, cum testamentum ab herede destitutum est. §. 6. *eod.* Gradus autem simpliciter computabantur sine ulla repræsentatione, adeo ut frater liberos fratris defuncti excluderet, §. 5. & si prior gradus successionem repudiasset, sequens non vocabatur, quia non fuerat gradu proximus, cum defunctus primum intestatus appareret; Sed hic a Prætore inter cognatos juvabatur; a Justiniano successorium Prætoris Edictum ad agnatos civiliter productum est. §. 7.

(Tit. III. *De Sc. Tertyll.*)

INter agnatos cum non esset mater, consentaneum fuit, eam per remotiores agnatos excludi jure antiquo, donec Scto Tertylliano tempore Hadriani mater, non avia, jus trium habens liberorum, aut libertina quatuor liberis onerata, filiis suis, etsi vulgo quæsitis, §. *ult.* succedere jussa est; si quidem ipsi non reliquissent liberos aut patres aut fratres germanos vel consanguineos, nam soror cum matre pariter vocabatur, ut & illa cum fratre consanguineo, *per* §. 2. & 3. *h. t.* donec Justinianus matrem & cum fratribus consanguineis vocavit & cum sororibus tam uterinis quam consanguineis, hereditate in capita dividenda. Quod si tantum sorores extarent, nulli fratres, tum mater semissem, sorores pariter semissem alterum accipiebant. §. 5. *eod.*

(Tit. IV. *De Sc. Orphit.*)

VIcissim Scto Orphitiano, auctore divo Marco, ad cujus orationem factum est, *l. pen. ad Sc. Tertyll.* liberi etiam vulgo quæsiti, ad matris successionem, quam nec ipsi olim habebant, admissi fuere *tit. Inst. de Scto. Orphit.*

(Tit. V. *De successi. cognat.*)

POst agnatos veniebant cognati, id est, per feminas juncti, ex Edicto Prætoris *unde cognati*, quibus & agnati minimam capitis diminutionem passi accensebantur, exceptis fratribus & sororibus emancipatis, non etiam liberis eorum, qui cum fratribus in potestate retentis succedebant pro portionibus dimidiis; ut ex §. 1. ibique Theophilo discimus *tit. de success. cognat.* Etiam, qui in adoptionem sunt dati, paternæ lineæ cognati sunt, nec non vulgo quæsiti huc veniunt; sed omnes cognati non ultra septimum gradum, agnati usque ad decimum admittebantur. §. 4. & 5. *eod.*

(Tit. VI. *De grad. cognat. juncto* Tit. VII.)

QUa occasione proponitur computatio graduum, quam occupavimus *supra*.

(Tit. VIII. *De success. libert.*)

PAtronus quoque liberto succedebat, olim non nisi intestato in solidum; postea, si liberos non haberet naturales, etiam testato pro parte dimidia bonorum. Deinde ita; si in bonis haberet centum millia sestertiorum, sive mille aureos maximi valoris, id est, bis mille quingentos imperiales nummos; tum, & si pauciores quam tres liberos reliquisset libertus, virilem portionem consequebatur patronus; tribus relictis prolibus, excludebatur, idque Lege Papia §. 1. & 2. *de success. libert.* Justinianus ita sanxit; liberto minus centum aureis habenti, Patronus testato non succedit. Intestato sine liberis mortuo ex asse succedit. Majori centenario liberos habenti prorsus non, prole carentibus intestatis in solidum; testatis quanquam præteritus, in partem tertiam succedere debet, idque hodie indistincte sive latini sive alterius generis libertini sint, discriminibus illis a Justiniano sublatis. §. *ult. de success. libert.*

Tit. IX. *De adsignat. Libert.*

JUs hoc quod Patronus habet, transmittit ad liberos, heredes suos, nisi uni ex illis libertum adsignaverit, quod pro arbitrio potest, seu testamento sive absque eo, quibuscunque verbis; modo is cui adsignatur in potestate sit; emancipato enim adeo inutiliter fit adsignatio, ut secuta quoque emancipatione, facta prius adsignatio evanescat. §. 2. & *ult. de adsign. lib.*

Tit. X. *De bonor. poss.*

VIdemus igitur, quasdam ex illis personis jure civili ad hereditates pervenisse, quasdam a Prætore vocatas ad bonorum pos-

fess-

Digitized by Google

fessiones. De illis in superioribus abunde fuit actum; operæ pretium est ad bonorum possessionem digredi, quæ definitur in *l*.3. §.2. *de bon poss. jus persequendi retinendique patrimonii, quod cujusque, cum moritur, fuit*. Est ejusmodi jus, quod ut Imperator ait in *pr. Inst. de bon. poss.* heredem quidem ipso jure non facit, quia hoc legis opus est, non prætoris, in effectu tamen est idem, quod hereditas *l*.138. *de V.S.* & plenam in rebus vim dominii tribuit. *l.* 1. *de bon. poss.*

Dividi solet primo in Edictalem & Decretalem, vel potius in ordinariam & extraordinariam. *l*.3 §. *ult. de Carbon. Ed. l*.5. §.3. *de legat. præst. l*.1. §.4. *Si tab. test. null. ext.* Edictalis est ordinaria, quæ ex Edicto competit, sine accurata causæ cognitione. Decretalis, quæ quidem ex Edicto etiam datur, *l.* 2. *de Carbon.* sed decreto adhibito, causaque pro tribunali extra ordinem cognita, qualis est Carboniana. *l.* 2. §.1. *Quis ordo in bon. poss. serv.* Sed præcipua divisio fertur, quod vel testamento facto competat, vel ab intestato. In utraque specie prætor succurrere voluit his, qui a jure civili negligebantur, & angustissimis finibus constitutum per legem XII. tabb. jus percipiendarum hereditatum ex bono & æquo dilatavit, ait Imperator in *fine pr. ht.*

Facto testamento, duæ competunt bonorum possessiones, Contra tabulas & secundum tabulas, quæ ut dentur, hoc proprie requiritur, ut tabulæ extent, adeoque scriptum sit testamentum intelligitur, quanquam & ad nuncupativum postea sunt productæ. *l.* 8. §. *f. de b. p. sec. tab.* Contra tabulas quibus detur, alias intellectum est, liberis videlicet emancipatis præteritis. §.3. *supra de exhered. lib. l*.1. §.6. *de bon. poss. c. tab.* Suis præteritis hæc nullo modo est necessaria; ut qui testamentum dicant nullum: sed ob promptitudinem remedii prætorii, & quia mollius creditur, ab his quoque usurpatur. §.12. *supra de her. quæ ab Int. l*.12. §.1. *d.t. de b. p. c. t.* etiam ab exheredatis; non qui recte, sed qui vitiose exheredati sunt. *l*.8. *pr. & §*.2. *eod. tit.* Datur & alia bon. poss. quæ erat præparatoria querelæ inofficiosi, duntaxat litis ordinandæ gratia, de qua in *l*.8. *pr. de inoff. test. l*.2. *C. eod.* Quin aliquando is, qui testamento legitime institutus est, petit hanc contra tabulas, ut frater emancipatus heres scriptus, cujus frater est præteritus. Cum enim hic per contra tabulas testamentum rescindat omniaque ad causam intestati redigat, alter institutionis jure destitutus ejusdem remedio debet uti. *l.* 3. §. 11. *l.* 11. *l.* 10. §. *ult. de b. p. c. t.*

Ventri præterito datur etiam bonorum P. contra tab. curatorque bonis datus non poterat adhuc petere contra tabulas, sed interim ex Carboniano edicto, atque decreto mittebatur in possessionem bonorum, donec mulier pareret aut abortum faceret. *l.* 1. *pr. & §.* 14. *De ventr. in poss.* Interim alitur mulier eo modo, qui præscribitur in §. 19. *&* 20. adde §. *pen. d. l.* 1. Dicitur illa missio ex Edicto Carboniano in *l*.12. *de Carb. Ed.* utili scilicet extensoque per imitamentum ad hanc speciem. *d. l.* 1. §. 14. Nam Carbonianum proprie est, quo succurritur filio impuberi testamento Patris præterito, qui non potest contra tabulas petere, ideo quod quæstio status aut natalium ipsi moveatur, quasi filius non sit ejus de cujus bonis quæritur. Interim enim, dum ad pubertatem perveniat, datur ei bonorum possessio decretalis extraordinaria, & causa cognita. *l.* 1. *& t. tit. de Carbon.* Quæstio natalium usque pubertatem differtur. Puer interea pro filio habetur, alitur ex fructibus & actiones exercet, maxime quæ moram longiorem non patiuntur, utique si satisdederit de restituendis bonis, ubi adversus eum judicatum sit. *l.* 15. *eod.* Si non satisdet, adversarius pupilli simul in possessionem mittetur, *l.* 1. §. 1. *eod.* & siquidem hic satisdet, curator ipse constituitur, omniaque curat & actiones exercet. *l.* 5. §. 1. *eod.*

Bonorum possessio secundum tabulas, initio pro illis introducta est, quibus licet testamento scriptis heredibus, subtilitas aliqua juris civilis obstabat, qualis in §.6. *Inst. Quib. mod. test. infirm. in l.* 12. *pr. de injust. rupto irr. fact. test.* Postea compendii causa ad quoslibet heredes scriptos produci cœpit, si modo septem testium signis tabulæ essent subsignatæ, neque prætor anxie in reliqua juris civilis requisita inquirebat, imo etsi filius in testamento esset præteritus, tamen secundum tabulas dabat scriptis possessionem, non prius tamen quam certum esset, liberos contra tabulas non petituros. *l.* 2. *in pr. de b. p. sec. tab.* Porro etiam heredibus nuncupativo testamento institutis dat prætor hanc bonorum possessionem, *l.* 8. §. *ult. d. t. l. ult. C. eod.* quanquam alioqui necessum est, tabulas extare tempore mortis testatoris, *l.* 1. §. 3. *eod.* Ab intestato bonorum possessiones olim erant hæ; Prima *unde liberi*, quæ necessaria emancipatis, ad suos tamen

men producta fuit, ob eandem, quam modo dedimus, rationem. *pr. h. t.* II. *Unde legitimi*, per quam vocabantur omnes, qui ab intestato poterant esse heredes, sive ex lege tabularum sive alia lege Senatusve consulto. *l.* 2. §. *ult. D. unde Legit.* III. *Unde decem personæ*, quæ pro illis erat, qui præferebantur patri fiduciario, sive imaginario, cui naturalis Pater, sine pacto fiduciæ, filium mancipaverat; decem istæ enumerantur in §. 1. *h. t.* IV. *Unde cognati*, quæ est ex mera Prætoris indulgentia, utpote qua invitat eos, qui jure civili non admittuntur, per feminas scilicet junctos. *l.* 1. *pr. unde cogn.* V. *Tanquam ex familia*, *quæ est pro agnatis patroni*. VI. *Pro Patronis*. VII. *Unde vir & uxor*, per quam in subsidium, deficientibus aliis, conjuges vocantur. VIII. *Pro cognatis manumissoris*, sive imaginarii emptoris illius. §. 1. *h. t.* Verum ex his octo Justinianus tertiam, quintam, sextam, octavam sustulit, §. 2. *h. t.* quatuor intactas reliquit, easque nec plures curavit in Pandectas referri, scilicet *unde liberi*. *unde legitimi*. *unde cognati*. *unde vir & uxor*. Quando defunctus diversorum ordinum conjunctos reliquit, primum jus petendi bonorum possessionem datur liberis; tum agnatis; inde cognatis; postremo conjugibus. Si quis liberorum intra annum non petat, portio non petentis accrescit reliquis ejusdem gradus; si nullus eorum, ad agnatos transit petitio, inter quos simile jus accrescendi obtinet; ab his ad cognatos; denique ad virum vel uxorem; sed tempus intra quod reliqui præter liberos & parentes petere debent bonorum possessionem, est duntaxat centum dierum, §. 4. & 5. *eod. tit.* *l.* 1. *de success. Ed.* §. 12. & *ult.* dies autem & annum petitioni præscriptos utiles computamus. §. *pen. h. tit.*

(Tit. XI. *De success. per adrogat.*)

Secundum hæc sciendum est, arrogatorem succedere filio arrogato, si modo nullos ipse liberos aut fratres reliquisset, §. *penult. de succ. per arrogat.* idque vi & efficacia legis; si quidem proprie & jure stricto arrogator non sit heres, nec qua talis a creditoribus conveniri potest, sed tamen defendere filii causam tenetur, aut pati, ut creditores in possessionem mittantur. §. *ult. eod.* In bonis filii superstitis Arrogator hodie habet usumfructum, ut Patres naturales, cum olim integram proprietatem habuerit. §. *pen. h.*

(Tit. XII. *De eo cui libert. c. bona addic.*)

Fuit quoque species successionis universalis, bonorum addictio libertatum conservandarum causa, quando nimirum Testator non solvendo existens aliquot servos tam directe quam per fideicommissum manumisit, tum servis, aut uni ex illis vel etiam tertio bona addicuntur, si modo idoneam cautionem præstiterit creditoribus, de solido, quod cuique debetur, solvendo. *pr.* & §. 1. *de eo cui libert. c. bona addic.* Respice tamen ad §. 1. & 2. *Quib. ex caus. manum. non licet*. *Supra*.

(Tit. XIII. *De bonor. poss. sabl.*)

Postremo loco duæ memorantur species universalis successionis, prima bonorum venditio, quam Veteres sectionem vocabant; Si quis enim debitor solvendo non esset, ejus bona ex edicto possidebantur. Tum Magister a Prætore creabatur, per quem distrahebantur, emptorique universa addicebantur; qui tum quasi successor in universum jus debitoris, aut in solidum Creditoribus satisfaciebat, aut pro certa parte cum illis transigebat, ut latius apud Theophilum *ad tit. I. de success. subl.* & apud Ciceronem *pro Quint. alibi*. Altera erat ex Scto Claudiano, cujus & Tacitus meminit XII. *Annal. cap.* 53. per quod mulier, quæ servili stupro se fœdaverat, nec ejus consuetudine abstinere voluerat, licet ei ter a Domino id esset denunciatum, post primam denunciationem domino in servitutem cum universo patrimonio addicebatur, *d. t.* ibique Theophilus. Sed hi tres modi successionis universalis a Justiniano sublati in usu esse desierunt, teste Imperatore in *fine tit. prædicti* (2).

(2) *Qui de hac historia plura nosse desiderat, consulat Schultingium in Jurisprud. ante-Justinian.* P. P. 131. & seqq. 404. & seqq. & 664. & seqq. *item Hein. in Antiq. Rom. ad* 13. *prior. tit. lib.* 3.

Digitized by Google

De Successione ab intestato, secundum Nov. 118.

I. Fundamentum Successionis ab intest. II. Successio liberorum primi gradus. III. Item ulterioris. IV. De liberis diversorum matrimoniorum. V. De Liberis extra justas nuptias Legitimis. VI. De illegitimis extra nuptias. VII. De liberis nefariis. VIII. De successione adscendentium solorum. IX. De successione eorundem una cum fratribus & sororibus. X. An & cum fratrum liberis. XI. De successione collateralium, & primo de fratribus germanis eorumque liberis. XII. De fratribus uno latere conjunctis. XIII. De liberis Fratrum solis. XIV. De Fratrum liberis & defuncti thiis. XV. De remotioribus cognatis. XVI. Conjugum successio ex Edicto. XVII. Eorundem extraordinaria successio. XVIII. De successione hodierna ex pactis dotalibus, & de unione prolium, obiter. XIX. Quomodo & Collegia quædam succedant. XX. Denique Fiscus. XXI. De conflictu Juris in diversis locis.

(a) ARgumenta præcedentium capitulorum Historiæ titulo demonstravimus, quia vix alium nobis usum præbent; Justinianus enim, quod ad successiones Legitimas attinet, in celebri constitutione νεαρᾶ CXVIII. ordinem plane novum clara compendiosaque divisione, sicut loquitur, composuit, cunctis legibus antiquis his de rebus evacuatis. Nos ita accepimus a præceptoribus, ita nos quoque præcepimus, Tredecim priores titulos hujus libri in prima institutione prætervehi; quia tantum sunt Historia juris antiqui, non equidem spernenda studioso, sed commodius in Pandectis, ubi demuo occurrent hi tituli, enarranda. Bonum factum, si primo tyrones condent in memoria, quomodo Justinianus successiones ab intestato constituerit; quoniam is per *Nov.* 118. omnes leges antiquas hac de re sustulit, ac, ut ipse loquitur, *otium illis fecit τῶν προτέρων νόμων ἀργεύτων d. N. in pr.*

Lex Romana cuique patrifam. dedit liberam potestatem de rebus suis pro lubitu disponendi, *l.* 120. *de V. S.* cessante Testamento, hereditas defertur ex ejusdem voluntate præsumpta, *l.* 8. §. 1. *de jur. codic.* proinde quamdiu successio testamentaria speratur, legitima non habet locum. *l.* 39. *de Alquir. vel omitt. hered.* Novissime igitur tres summi ordines, τάξεις vocat Imperator, succedentium ab intestato sunt dispositi: Descendentium, Adscendentium & Collateralium. Primus ordo est descendentium, hoc est liberorum primi & ulterioris gradus quos vota parentum, nec minus ratio & necessitas naturalis omnibus reliquis præferunt. Vota defunctorum merito heic attenduntur, de quibus etsi nihil expresse liqueat, semper tamen erga liberos flagrantissima præsumuntur, & secundum hos erga parentes, dein prout sanguine quilibet, ita caritate proximus solet esse & intelligitur. Enimvero quia jus Romanum voluntati morientium tribuit absolutam successionis ordinandæ potestatem; idcirco etiam ab intestato fundamentum succedendi est præsumptio legis de voluntate eorundem. (1) Quia autem illa στοργή non minus erga feminas quam mares, omnesque liberos, ex æquo fertur, ideo differentia vetus inter sexum virilem & sequiorem, inter suos & emancipatos, (etsi aliter quoad hos in testamentaria successione) hodie sublata est. *d. Nov.* 118. *c.* 1. *in pr. c.* 4. *& cap.* 5.

2. (b) Igitur in primo ordine distinguendi sunt liberi, quod vel ex justis sint nuptiis aut extra illas nati. Illi vel ex eodem aut diversis sunt matrimoniis. Qui ex eodem, hi vel primi gradus vel ulterioris sunt. Liberi primi gradus parentibus suis, exclusis nepotibus ex sese natis, succedunt, licet ipsi emancipati, nepotesque in potestate fuerint retenti, cum olim hi venirent jure civili, parentes jure prætorio, ideoque conjungi deberent, *tit. ff. de conjung. cum emanc. lib. ej.* quo nunc remedio nihil est opus. Nulla filiorum præ filiabus, nulla primogenitorum præ cæteris prærogativa, neque hac parte juri gentium puta derogatum; quanquam & primogenituram ex jure gentium habere privilegium concedimus, multarumque gentium institutum de masculis liberis supra feni-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. (b) *Pos.* 5. 6. 7. 8. 11.

(1) *Hanc rationem tantum juri per Nov. 118. introducto & non juri veteri convenire, jam observatum est ex Bynck. obs. lib. 1. Cap. 1. quo & Auctor his inclinare videtur.*

Digitized by Google

feminas honorandis ratione non destitui fatemur. sed fortior magisque universalis est ratio a στοργῇ, affectuque parentum communi adversus omnes, & obligatione naturæ ad alimenta cunctis pariter suppeditanda. Primogenitorum & marium prærogativa, inprimis est probabilis, ubi honos familiæ, aut ratio major, divisionem vel sexus infirmitatem non admittit, quod in feudis quandoque, in majoratibus, qui dicuntur, & imperiis maxime obtineat, in ordinariis privatorum successionibus rationes juris Romani validiores videntur. Primogenitura potius ad jus publicum pertineat. Sui quoque & emancipati liberi in *d. cap.* 1. sunt adæquati, sane quod ad causam & jus deferendi, non item quod ad adquirendam hereditatem, vid. *ad* §. *ult. supr. de hered. qual.* hac enim parte nihil ista Novella mutatum. Et hoc de liberis primi gradus; quos proinde hereditatem dividere in capita, id est, singulos æquales sive viriles nancisci portiones ultro intelligitur & est in *d. c.* 1.

3. (c) Qui sunt remotiores gradu, nepotes & pronepotes, hi succedunt in stirpes per repræsentationem, seu subitionem in locum: quæ est, quando plures liberi occupant locum unius parentis capiuntque tantum ac ille solus fuisset habiturus. Quod Justinianus generaliter obtinere sancit, *quotiescumque descendentem aliquem filios relinquentem mori contigerit*; proinde non tantum, ubi cum primo gradu secundi, cum filiis nepotes, sed & cum soli nepotes concurrunt. Subitio illa in locum videtur olim fuisse propria suorum heredum, quos morte patrum scimus avis suos heredes solitos fuisse adnasci: Nec ab intestato descendentes aliter quam jure suitatis admittebantur, ut in historia modo expositum. Atqui cum hodie non ut sui, sed ut liberi omnes æqualiter a lege vocentur, repræsentatio, quæ commentum juris civilis erat, ut ipsa suitas, cessare videbatur, utique in eo casu, quo nulla est graduum inæqualitas, quo, jure antiquo valebat æque repræsentatio. §. 6. *in fin. I. de heredit. quæ ab intest* ubi; *Item*, ait Imperator, *si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertinet; ad tres vel quatuor altera dimidia*. At postquam Justinianus *d. Nov.* 118. naturalem potius quam civilem rationem attendi voluit, debebant hi nepotes, utpote suo jure ex sua quisque persona venientes, in capita succedere, verba sunt Sutholtii *dissert. XI. th.* 51. sed Justinianus non satis acute semper vidit, quid consequens esset, sublata juris antiqui subtilitate, ita scribit Balduinus *ad d. Nov.* 118. quin nec contrarius sibi Cæsar ipse non videatur, eo quod in successione collateralium ita constituit, ut cum liberi diversorum fratrum inveniuntur soli, vocantur in capita, sine respectu numeri majoris aut minoris, ex hoc aut illo fratre natorum. (2) Sed hæc argutatio adversus conditorem juris excedit officii interpretum limites. Neque pro Justiniano, quæ faciat, ratio, deesse videtur. Nempe στοργὴν & memoriam liberorum, qui totidem partes domus constituerunt, eos quasi vivos adhuc parentibus in singulorum liberis exhibere, partesque easdem domus explere, & æqualitatem ex liberorum mortuorum potius, quam nepotum viventium personis, consideratam voluit. Cujus disparitatis argumentum in Collarionis doctrina habemus: nam quod ad liberos a parentum bonis autea profectum est, id eorum nepotes conferre debent: Quod autem fratrum liberi e patruorum aut avunculorum, quibus succedunt, bonis perceperunt, id nec illi, neque nepotes ullo modo conferunt; quando satis constat, id solis descendentibus locum habere collationem, eo quod in collateralibus minor est ratio στοργῆς æquabilis & immutabilis, qua collatio nititur, quam est Parentum adversus liberos consideratio.

4. (d) Atque eo modo liberos suis parentibus succedunt, quod facile ad eos, qui ex diversis matrimoniis nati sunt, transferri potest. Communi enim parenti succedunt liber æqualiter, * propriis vero separatim; nisi quid exceptio proferri solet, in his bonis, quæ ex priore matrimonio ad parentem communem profecta fuerant, quia secundum *l.* 3. *C. de secundis nuptiis*, liberi prioris matrimonii in hisce præferuntur & soli ab intestato ita succedunt, ut testamenti quoque factio parenti binubo interdicatur, non tantum in iis, quæ immediate a priore conjuge acceperunt, sed etiam in his, quæ ex successione quorundam ex liberis primi tori ad eos pervenerunt; & recte quidem hujus

(c) *Pos.* 9. 10. (d) *Pos.* 12. 13.

(2) *Ita quidem vult Auctor, sed hæc quæstio, an filii fratrum, si soli sint, in capita an in stirpes succedant, occurret ad* n. 31. h. t.

* Ita tamen, ut nuptialia dona & dotalia, liberi illius matrimonii, i tuitu cujus quæsita sunt, habeant præcipua, *N.* 91. *c.* 1. Hoc autem præcipuum in Saxonia non attenditur, Carpz. *P.* 3. *C.* 14. *d.* 6.

Digitized by Google

hujus rei admonitio fit hoc loco, quanquam ex alio venit principio, quam successionis ab intestato, videlicet ex jure consolidationis, quo ususfructus finitus cum proprietate conjungitur, ut intelleximus *supra de Usufructu sub finem*. Nam liberi statim a secundis nuptiis proprietatem rerum illarum adepti sunt & pater retinuit usumfructum; qui morte ejus ad liberos, tanquam dominos olim factos, revertitur.

5. (e) Hactenus de liberis ex justo matrimonio natis. Extra justas nuptias procreati sunt vel legitimi aut illegitimi. Legitimi sunt adoptivi & legitimati. Adoptivi, etiam qui ab extraneo adoptati sunt, optimo jure succedunt. §. 14. *Inst. de success. quæ ab int.* §. 2. *de adoption*. Naturales, siquidem legitimati sint per subsequens matrimonium, perinde succedunt, ac si ab initio legitime nati fuissent, §. 2. *Instit. de heredit. quæ ab intest.* etsi matrimonium in articulo mortis fuerit contractum; neque enim id ulla juris civilis ratio prohibet, & jus Pontificium diserte affirmat *cap. tanta X. qui fil. legit. sint*. De legitimatis per rescriptum principis, dici solet, eos ita demum succedere, si nulli antea legitime nati fuerint. ex *Nov.* 89. *cap.* 9. In qua tamen successionem ab intestato ita limitari non reperio: sed ipsa legitimatio per rescriptum eo demum casu concedi dicitur, quando nullos habet liberos legitime natos. Quod si princeps hodie, nam Romani Principes id non instituerunt, ex plenitudine potestatis, quæ dicitur, filium aliquem legitimet, existentibus antea legitime natis, sanctio illius *Nov.* 89. non impediet, quominus ille jus succedendi ab intestato obtineat: quemadmodum nec legitimati per rescriptum excludentur a successione per alios postmodum e legitimo conjugio natos; si quidem nec pater deinceps uxorem ducere vetatur justam, neque legitimatis filiis ex eo quod postea contingit jus suum, quo semel legitime natis per omnia adæquati sunt, auferri potest. Unde patet, restrictionem illam non ad successionem ab intestato, quæ liberis pridem legitimatis debebatur, sed ad actum legitimationis faciendum referri debere, & ita per consequentiam in successione durare.

6. (f) Liberi illegitimi sunt nothi, spurii, adulterini, incestuosi. Nothi dicuntur naturales non legitimati, qui ex concubina suscepti sunt, de quibus traditur, quod matri & ascendentibus maternis pariter cum justis liberis succedant, *l.* 2. & 8. *Unde cognati*. Patri non aliter quam deficientibus liberis legitimis ex uxore legitima, duntaxat pro parte, nimirum pro duabus unciis cum matre secundum capita dividendis: existentibus liberis aut conjuge, tantum alendi sunt boni viri arbitratu *D. Nov.* 89. *c.* 12. §. 4. & *ult.* Requiritur autem, ut unam habuerit pater non plures concubinas, *d.* §. 4. & *seq.* ut domestica sit & quasi focaria, quæ indubitato affectu non vagæ libidinis causa habeatur, atque ut liberi in domo sint nati. *d.* §. 4. Ex quibus satis liquet, liberos, qui venere furtiva ex muliere, cum qua non sit stabilis & domestica consuetudo, nascuntur, non intelligi naturales, sed pro spuriis haberi; quod aliter moribus hodiernis esse comparatum diximus *ad tit. de Nupt.* §. *ult.* Ideoque successio in sextantem jure civili de concubinariis prodita indubitato extenditur ad eos hodie, qui certo Patre, non tamen e concubina, quæ instar uxoris habetur, sunt nati. Spurii respectu matris nulli sunt, Pater enim potest esse incertus, mater non potest; ideoque matri etiam exemplo naturalium succedunt. §. *pen. I. de Sc. Orphit.* Quod hodie exceptionem patitur in matre illustri, quæ liberos habet legitimos unum aut plures, *l.* 5. *C. ad Sct. Orphit.* quam alii ad quaslibet ingenuas extendunt * Verum sanctio concepta est in principio & in medio de *illustribus*. Ratio quidem redditur hæc: *cum in mulieribus ingenuis & illustribus nominari spurios, satis injuriosum &c.* sed non est boni moris, ex ratione legis concludere plus quam constitutio dictet; tum & confertim *ingenuis & illustribus* dicitur, ut sciamus, Cæsarem non de quibusvis ingenuis, sed his, quæ insuper illustres forent, loqui: præter quod jus vetus diserte non sublatum stare credendum est.

7. (g) Postremo, qui ex damnato coitu sunt nati, ut nefarii, adulterini, plane a legibus projiciuntur, nec ullam particulam hereditatis ab intestato nec quidem testamentariæ attingunt; imo ne alimentis quidem usuraque vitæ digni habentur. Tam rigida & sanguinolenta constitutio extat adversus miseros illos, vel potius contra parentes ipsos, ut Justinianus vult videri in *Nov.* 74. *cap. VI. Sed sit*, inquit, *supplicium hoc etiam patrum, ut agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentia eorum*

(e) *Pos.* 14. 15. 16. (f) *Pos.* 17. 18. 19. 20. (g) *Pos.* 21.

* Conf. Christinæus *Dec. Cur. Belg. Vol.* 4. *Dec.* 64. *n.* 4.

Digitized by Google

eorum habebunt filii. Item in *Nov.* 89. *cap. ult. in pr. Omnis qui ex complexibus aut nefariis aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium*. Inter hos sine dubio sunt adulterini & incestuosi. Quid de his, qui nati sunt e nuptiis contra alia legum præcepta contractis, veluti parentibus invitis? Nuptiæ non sunt hæ, nec hi liberi naturales & complexus sunt damnati; atque e contextu Novellæ hujus colligitur, Imperatorem eos omnes, qui naturales dici nequeunt (seu Patris seu duntaxat matris respectu, ut spurii vulgares) sub illa tristi clausula complecti. Jam quod ab hereditate illi omnes excludantur, id recte habet; neque hoc pro pœna liberis inflicta haberi potest, ut alias dictum; verum quod neque alendi sint tales, id φιλανθρωπίαν juris Romani egreditur. Ergone fame necandi & abjiciendi, ut nec misericordiæ causa fas sit eos ali? Nefas id quidem. Litera tamen hujus textus ita indicat, idque mutatum creditur a Pontificibus in *cap. cum haberent. ex. qui dux. ux. quam poll.* Cuperem mollius excipi sententiam Justiniani; neque enim consentaneum videtur ita obiter rem adeo atrocem sancire & crudele supplicium contra insontes parvulos decernere eum qui dixerat, patrum se intendere pœnam duntaxat, eum Principem, qui ubique mansuetudinis & clementiæ affectat laudem! Cogita, uti sæpe est immodicus verborum, an non hoc tantum velle videatur, ut a successione omni excludantur, in quo totus est per totam istam Novellam, dicit, *non esse illos naturales, non esse illis de alimentis prospiciendum, ut beneficio legis præsentis, quæ de successionibus est, fruantur*. Hereditas naturaliter liberis debetur, quia sunt alendi; quibus non debetur, hi tales sunt, ut nec alimentis digni habeantur, quod alias non semel a nobis dictum est. Igitur qui de successione liberorum legislator agens increpat aliquos ut non dignos alimentis, eosque a lege sua removet, nihil in hos aliud quam mulctam successionis statuere videtur. Quare autem in hunc sensum verba Iustiniani profluere non videantur, tantum causæ non video, ut potius Busirin aut Saturnum ex Cæsare nostro faciamus. Paulo aliter alibi differuimus, cujus summa est; si maxime lex nefarie natis alimenta non dignetur impertiri, quæ tanquam legis beneficium petant, quemadmodum naturales, legitimis extantibus liberis, honorantur, ut intelleximus; tamen officium Judicis, quo tales liberi a parentibus alantur minime defuturum; a parentibus, inquam, non ipsis mortuis, ex eorum bonis: Atque ita hæc ratio cum priori bene conjungitur. De qua sic D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Notæ sunt distinctiones Doctorum consuetæ, quarum ope Justiniani sententiam emollire student: potissimas rejecimus ad Strauch. XI. 21. th. 127. *Autoris explicatio* in prælect. d. l. & in Auspic. domest. orat. 8. p. 255. seqq. *uti Stylo Justiniani seu potius Triboniani omnium optime convenit, ita egregie persuadet, cum quod illi opponi queat nihil restet amplius.*

DE SUCCESSIONE ADSCENDENTIUM.

3. (h) De successionibus publicis regnorum atque feudorum non est privati juris interpretis agere. Sequitur ergo secundus ordo succedentium ab intestato, qui est ADSCENDENTIUM, *d. Nov.* 118. *c.* 2. quibus in defectu liberorum credit Lex defunctos maxime bona relicta voluisse. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus quam liberis pie relinqui debet, ait Papinianus in *l.* 15. *pr. D. inoff. testam.* Adscendentes sunt vel soli vel una cum illis defunctorum fratres aut sorores germani germanæve, mortuorumque liberi. Quando soli sunt, habemus regulam tralatitiam, quod proximi remotiores excludant, sine discrimine, materni an paterni sint, in potestate habuerint defunctos an non. Pater igitur & mater, singuli ex hereditate semissem capiunt. Si pater materve non supersint, avi, & aviæ, secundum hos proavi & proaviæ, ac ita deinceps admittuntur. Hi autem neque secundum capita nec repræsentatione bona partiuntur; nullæ enim heic stirpes sunt, quæ faciunt repræsentationem; Quomodo igitur? Secundum lineas; Paterni ferunt unum semissem, materni alterum, bonorum videlicet quæ defunctus reliquit, sine ulla distinctione, unde bona venerint; Paterni adscendentes, licet defuncto nihil contulerint, omnesque sint inopes, medietatem justam totius substantiæ quam defunctus reliquit accipiunt, *d. cap.* 2. *vers. si autem.* dictum enim est antea, fundamentum successionis legitimæ, jure Romano, non esse aliud, quam præsumptionem de affectu defuncti; qui credendus est, non

(h) *Pos.* 22. & *seq.*

non minus bene cupiviſſe adſcendentibus tenui fortuna, quam ampliore poſitis. De adſcendentibus ex juſtis nuptiis tantum loquimur: quod ad reliquos attinet, de his pro repetitis habenda ſunt quæ modo collocavimus, quippe eodem modo tenendum eſt parentes ſuccedere ejuſmodi liberis, quo liberi ipſis: Nempe legitimatis, adoptivis (exceptis arrogatis impuberibus §.3. *I. de adopt.*) ſuccedunt parentes: Nothis & ſpuriis matres, non æque Patres; his enim prorſus non, illis in ſextantem, conjuge non relicta; nam de liberis monere ſupervacuum eſt: Adulterinis & inceſtuoſis prolibus ſuo quidem magno merito non ſuccedunt nefarii genitores.

9. (i) Quando defunctus juxta Parentes reliquit fratres ſororeſque iiſdem Parentibus genitos, juſtiſſima ratio exiſtimandi eſt, quod eos, qui ex una ſecum ſubſtantia parentum ſunt, cum his conjungere voluerit, ut natura eos conjunxiſſe videtur. Adeoque fratres & ſorores germani eadem cum patre & matre complexione involvuntur, iiſque adæquati ſunt. Unde multi colligunt, adſcendentes ulteriores, avum ſcilicet aviamque, a fratre atque ſorore germanis excludi; * ſed hanc Jacobi Belviſii ſententiam, licet eam Chaſſanæus ſit ſecutus, pridem nigros tuliſſe calculos affirmat Fachinæus, *l. 6. contr. 7.* Eandem tamen ut juris indubitati tradunt alii, etiam D.Schotanus exam. *ad tit. ff. de Suis & legit. hered.* argumento *cap.* 3. *Nov.*118. ſine dubio ex *princ.* ubi poſt adſcendentes primo vocat Imperator ad hereditatem, *fratres & ſorores ex eodem patre & ex eadem matre natos, quos etiam*, addit, *cum patribus ad hereditatem vocavimus*; cui accedit ratio illa ſuperior; quemadmodum avus a Patre excluditur, ſic & ab eo arcetur, qui Patri æqualis eſt, nimirum fratre germano. Ad textum reſpondeo, non eſſe faciendum ut ſententias juris ex iis locis probemus, in quibus obiter tantum id, de quo quæritnus, tractatur, maxime ſi ab aliis, ubi hoc ex profeſſo agitur, diſcrepent. Dicitur heic, quod fratres germanos Cæſar cum Patribus vocaverit, quod eſt verum; etiam eſt verum, quod junctos cum patribus avis antepoſuit. Sed ideo non eſt verum, quod, Patre nullo exiſtente, avus etiam excludatur. Verba ſanctionis ſunt in *d.cap.*2. *verſ. ſi vero. Si vero*, inquit, *cum adſcendentibus inveniantur fratres, aut ſorores ex utriſque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu adſcendentibus vocabuntur.* μετὰ τῶν ἐγγυτερον τῷ βαθμῷ. Proximi autem ſunt quos nulli præcedunt. *l.* 92. *d. V. S.* Nec ratio fert, ut ſecundus collateralis adſcendentem ſecundum excludat, cum adſcendens ordo potior illo habeatur. Ad argumentum dic, non raro contingere, ut quis per alium conſequatur, quod ſolus non habet; Exempla vide in *l.*10. §*.ult. de bon. poſſ.c. tab.* & *l.*1. §*.ult.ſi tab. teſt. null.ext.* & in hac ipſa ſpecie *Nov.*127. *c.*1. fratrum defunctorum liberi ſuis filiis juncti cum adſcendentibus admittuntur, qui ſoli exiſtentes penitus excluderentur. Igitur fratres patribus juncti præferuntur his, quos patres excludunt. Quando pater & mater deſunt, ipſi excludere nequeunt eos, qui modo a ſolis patribus arcebantur, non ab ipſis niſi per Patres. Plane autem requiritur, ut fratres aut ſorores utrimque ſint conjuncti, ut diſerte ait textus; Evidenter enim major adverſus germanos, quam erga uterinos & conſanguineos eſſe ſolet affectus. Ideo Pater excludit quoque fratrem per ſemet defuncto duntaxat junctum, & mater ſuo filio ſuccedens arcet proprium quoque filium, quem ex alio patre, quam quo defunctus eſt natus, habebat, ut judicatum Sandius refert *l.*4. *tit. 9. de fin.*4. Ratio eſt, quia non conſideratur neceſſitudo inter eos qui ſuccedunt, ſed inter eum, qui ſuccedit & cui ſucceditur, hujuſque præſumpta voluntas. Hinc etiam non attenditur, unde bona defuncti venerint, ſed pater excludit fratrem uterinum, etiam a bonis defuncti maternis, ut nudius tertius quam hæc ſcribo conſultus reſpondi; neque enim Lex eſt ulla, quæ diſtinguat.

10. (k) Fratrum defunctorum liberos, utrinque nempe junctorum, una cum fratribus & adſcendentibus admitti, dicere occupavimus ex *Nov.* 127. *c.*1. quæ poſterior quinquennio hac, in qua verſamur, eatenus ei derogat; Nempe jure repræſentationis, tantundem ut accipiant, quantum Parens eorum, ſi viveret, habiturus fuiſſet, idque per patruos ſuos obtinent; ſoli enim cum ſunt liberi, per adſcendentes excluduntur; ut ex *d. cap.* 1. ſatis perſpicue colligitur, etſi Forſterus *lib.*7.*de ſucceſſ. cap.*2.

(i) *Poſ.* 27. & 29. (k) *Poſ.* 28.

(*) Jus Sax. autem ſolos Aſcendentes hoc caſu ad ſucceſſionem vocat, quos quacunque in gradu conſtitutos omnibus a latere venientibus præfert, *L. R. L.* 1. *art.* 17. Carpzov. *p.* 3. *C.* 14. *def.* 4. 5. Id. *p.* 3. *C.* 17. *d.* 6. 7. Struvius *Juriſpr. For. L.* 2. *tit.* 10. §. 13. Coler. *p.* 1. *deciſ.* 41. n. 3. ita quidem ut pater & mater æqualiter ſuccedant, ſalvo manente patri eo, quem in bonis filii habet, uſufructu ad dies vitæ. V. P. 2. C. El. 17.

cap. 2. & 3. per otium disputet, in stirpes an in capita nepotes soli existentes veniant, nec alii pauci contrarium sentiant, quos Curia nostra secuta est apud Sandium *lib.* 5. *tit.* 8. *definit.* 5. Soli per se non possunt admitti, quia gradu remotiores sunt, & in ordine tali, qui postponitur adscendentibus; Repraesentatio illis prodesse deberet; haec autem manifesto cessat, ubi thios non habent. *d. N.* 118. *c.* 3. *in pr.* (2) Ipsi fratres cum adscendentibus in capita succedunt, ac ita quidem, ut portiones suas pleno jure consequantur, nec ususfructus earum ad Patrem pertineat, quanquam filius defunctus in potestate ejus fuerit, adeoque, vivo ipso, Pater usumfructum habuerit, ut diserte scriptum *sub finem d. cap.* 2. in verbis: *sive suae potestatis, sive sub potestate fuerit is cui succedunt*. Unde apparet, evenire posse, ut patris conditio per successionem filii sui multo fiat deterior; nam si ponas defunctum sex reliquisse fratres & sorores, parentes duos; Pater eo mortuo, octavam duntaxat plenae proprietatis habebit partem, qui modo omnium bonorum gaudebat usufructu, qui hic longe pluris erat estimandus. (4)

DE SUCCESSIONE COLLATERALIUM

11. (l) Sequitur tertius ordo, eorum, qui a latere conjuncti sunt; inter quos successio dijudicatur regula communi; Qui prior gradu, is potior est jure: nisi quatenus illa regula paucis admonitionibus limitatur. Primi igitur omnium veniunt fratres defuncti διπλευροι, *ab utroque latere conjuncti*, exclusis uterinis & consanguineis, quanquam hi germanis olim aequabantur. *d. Nov.* 118. *c.* 3. *pr.* Sed affectus pefunctorum merito flagrantior in διπλεύροις, quam quibus vitrici aut novercae nomen intercedit, praesumitur. Eadem tamen praesumpta defuncti voluntas dictat, uti mortuorum fratrum aut sororum liberi loca parentum impleant, ut tamen ista teneritudo ad sequentes gradus non extendatur. *d. pr.* Fratrum igitur liberi cum patruis amitisque succedunt in stirpes per repraesentationem, * quae tunc demum gaudent, quando cum propriis thiis, hoc est aliquo fratrum vel sororum defuncti concurrunt: subitio enim in locum non aliter est necessaria, quam si gradus propinquior ad defunctum existat, qui remotiorem excluderet, nisi repraesentatio illum admoveret. Nec tantum frater defuncti germanus, sed & uterinus & consanguineus faciunt germanorum liberos habiles repraesentationi, & quidem contra se ipsos. Postea enim quam hoc effecerunt, ut liberi in locum parentum subeant, aeque a liberis excluduntur, quam a parentibus exclusi fuissent: quanquam citra repraesentationem, cujus ipsi causa sunt, liberos fratrum praecedere potuissent. (5)

12. (m) Quando nulli extant fratres germani aut liberi germanorum, sed fratres uno vinculo conjuncti, per patrem alii, quidam per matrem; consanguinei, inquam, cum uterinis, hi pariter succedunt, secundum regulam tota hac *Nov.* fundamentalem; inter cognatos lineae paternae atque maternae nihil esse differentiae. *In secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno Parente conjuncti sunt defuncto, sive per Patrem solum sive per matrem*, verba sunt Imperatoris in *d. cap.* 3. *in pr.* Tota hac constitutione, qui pariter succedunt, in universam hereditatem bonaque a defuncto relicta

(l) *Pos.* 30. (m) *Pos.* 31. & *seqq.*

(3) *Supposito scilicet quod vellent concurrere cum adscendentibus. An autem cesset quando soli succedunt, alia est questio.*

(4) *Sed haec sententia, quod pater amittat usumfr. jam ante sibi adquisitum, juris rationi minus convenit, neque probari potest ex* Nov. 118. cap. 2., *non enim Imperator adimit patri usumfr. adquisitum, sed tantum vult ne illum* vindicare valeat ex filiorum aut filiarum portione. *Jam quid impedit hoc explicare de usufr. quem is cui succeditur non adquisiverat patri? Nec verba* sub finem d. cap. 2. sive suae potestatis, sive sub potestate fuerit is cui succedunt, *contrarium probant: si enim fuerit suae potestatis, manifestum est quod ususfructus patri non fuerit adquisitus. Si sub potestate fuerit, potuit habere bona in quibus patri non fuit adquisitus ususfr., quem vindicare non poterit ex filiorum aut filiarum succedentium portione.*

(5) *Cum subiti in locum filiis fratrum concessa fuerit*, ut quanticumque fuerint, tantam ex hereditate percipiant portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset, *consequens est, ut non tantum repraesentatione gaudeant quando cum propriis concurrunt thiis, sed etiam quando soli sunt.*

(*) Hoc Jus repraesentationis in linea collaterali, cessat in Saxonia Communi & Electorali, arg. *L. R.* l. 1. art. 3. *L. R.* l. 1. *art.* 17. Zubel *p.* 3. *diff.* 13. *n.* 7. *P.* 3. *C. El.* 18. §. *Wir wollen aber* v. *P.* 3. *C. El.* 29. Unde cum in Recessu Imper. Wormatiensi *d. ann.* 1521. §. 19. jus repraesentationis confirmaretur, Elector Sax. contra istam constitutionem protestatus est dicto *Rec.* §. 40. verbo: *Doch.* Coler. *p.* 1. *dec.* 48. Berlich. *p.* 3. *Concl.* 24. *n.* 17. Unde frustra Mynsingerus veretur, ne causa ad Cameram delata, sententia reformetur, *resp.* 31. *n.* 6. 20. Carpz. *p.* 3. *C.* 18. *d.* 2. *n.* 7 cum nec facile ex Saxonia ad Cameram causa transferri queat, & Assessores Camerae juxta consuetudines & jura cujusque loci pronunciare teneantur. Interim non modo Archiepiscopus Magdeb. Albertus, in Archiepiscopatu suo Jus Commune Imperii recepit. v. Berlich. & Coler. *ll. cc.* idemque in Numburgensi Episcopatu obtinet, Richter. *dec.* 4. *n.* 37. *seqq.* sed etiam ipse Elector Saxoniae in feudis Juri repraesentationis locum esse voluit, v. *P.* 3. *C. El.* 29. ibique Moller. *n.* 1. & Carpz. *def.* 1.

Digitized by Google

licta indistincte succedunt. Distinctio bonorum, unde profecta sunt; aliena est a ratione juris Romani, quod pro fundamento habere præsumptum defuncti affectum, ejusque causam & normam, sanguinis esse necessitudinem, non semel diximus. Respectus æquitatis extrinsecus, ut quæque bona illuc, unde venerunt, revertantur, praxi quidem aliarum gentium approbatur, sed a jure nostro inprimis a Justiniani consideratione in hoc novissimo statuto abhorret. Adversam igitur & inimicam juri sententiam putamus, quod bona Paterna consanguineis, materna uterinis debeantur. * Justinianus horum fratrum successionem æque generalibus ordinat verbis, atque supra paternorum maternorumque adscendentium. In quibus cum sententia Interpretum prævaleat, partitionem bonorum debere esse promiscuam, quid caussæ queat esse, ut verba Justiniani hoc loco secus quam superiori accipienda putent, non percipio; Nisi quod *Lex* 13. §. *ult. C. de legit. hered.* contrariæ opinioni prætextum dederit. Atqui Justinianus in *princ. hujus Nov.* 118. diserte vetustas leges de successionibus ab intestato abrogat, *eaque sola, quæ nunc constituit, vult observari*, nominatim ea sese aboliturum spondet, *per quæ differentia inter cognatos ex masculis & feminis introducta fuerat*: qualis manifesto fuit etiam hæc inter fratres uterinos & consanguineos distinctio.

SCHOLIUM.

Consentit Autori Strauch. XI. 27. *ubi in notis* p. 131. seqq. *placuit contraria sententia, quam nunc muto, inductus rationibus* heic loci *allatis*.

Contraria tamen, quia communis est Dd. sententia, fori praxin fere abripuit, eamque Curia nostra secuta est apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 1. postea que rursus, quod recordor.

13. Quando defunctus nullos reliquit fratres, utroque vel alterutro Parente ortos, tunc ad filios fratrum successio devolvitur, & quidem secundum capita sive numerum personarum, quia repræsentatio non habet locum, nisi cum propriis thiis concurrant; ut aperte docet Justinianus in *d. cap.* 3. *pr.* & *V. sed & ipsis*. Est autem vox græca, *thii*, Θεῖοι, quam retinemus, quia compendio significat patruos, avunculos, amitas, materteras. Ex eadem ratione aliqui concludunt, quod nec intersit, utrum filii fratrum sint germanorum, an μονοπλεύρων a patre tantum, quia cum subitio in locum parentum cesset, nihil superesse videtur, nisi ut distantiam graduum spectemus, quam in omnibus eandem esse compertum est. Sed nimis enorme & absonum foret, eos, qui patres altero gradu propinquos excludunt, non idem juris habere contra filios tertio gradu a defuncto distantes. Decet nos ita jus interpretari, ne legislatorem aperte absurda voluisse statuamus. Cum quæritur, an filii uterinorum & germanorum concurrant, uterini debent probare se pari gradu differre; ut hoc ostendant, primo ad stipitem recurrunt, inde ad suum parentem, hunc ejus offendunt conditionis, ut, si viveret, repelleretur: ab eo tamen suum jus deducunt; Ratio quæ repulit patres, illis non obstat. Sed hoc, quod pater repelleretur, illis obstat. Textus etiam *d. cap.* 3. §. 1. ex quo probatur scilicet, solam graduum spectari distantiam, loquitur expresse de casu, quo neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquit. Atque hæc merito & Cujacii *ad hanc Nov.* & Dd. communis sententia est, usu fori comprobata, teste Sandio *lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 3. dissentit Wissenb. (6) *hic*. Cæterum consanguineorum vel uterinorum filii, soli existentes, remotiores cognatos, etsi utrinque conjunctos, sine dubio excludunt. (7)

14.

(6) *Sed verius puto, filios fratrum, etiamsi soli sint, in stirpes succedere: etenim Imp. postquam in* nov. 118. Cap. 3. V. Si autem *filiis fratrum beneficium repræsentationis dedisset, ex eo mox infert in* v. unde consequens *est, per filios fratrum germanorum excludi fratres unilaterales defuncti. Sed maxime pro hac sententia facit* V. quandoquidem *in eod. nov.* 118. Cap. 3. *in quo Imp. ex privilegio repræsentationis eis concesso, infert, per filios fratrum excludi thios defuncti: hoc autem inferre non potuisset, nisi in omnem casum illud beneficium repræsentationis eis concessisset. Nec interpretatio auctoris, qui* n. seq. *existimat Imperatorem in hoc* V. *supponere aliquem defuncti fratrem superstitem esse, ita ut filii fratrum* non per se, sed propter thios suos defuncti thiis præferantur, *admitti potest: neque enim ait Imperator excludi thios defuncti per defuncti fratres, sed per fratrum filios quibus hoc privilegium repræsentationis dederat, neque obstat* V. sed & ipsis *in quo fatendum est limitari beneficium repræsentationis, sed ad hunc finem tantum, quando fratres germani concurrunt cum ascendentibus, quem sensum ipsemet Imp. suggerit in* v. seq. si cum eis. *Quod si hanc sententiam admittemus, absurdam sequelam, quam Auctor hic timuit, devitabimus, nec tam dura interpretatione, quali hic Auctor utitur, opus erit.*

(7) *Sed & ipsos thios defuncti excludent, nam indistincte omnium fratrum filiis jus repræsentationis concessum est.*

(*) Nec apud nos inter bona Paterna & Materna distinguitur, sed fratres consanguinei ac uterini in utraque æquali jure succedunt, *P.* 3. *C. Kl.* 14. ubi vid. Carpz. *def.* 4. Cæterum in hac Constitutione contraria sententia dicitur Juri Communi convenire, quam etiam defendit Carpz. *d. l. def.* 1.

Digitized by Google

14. (n) Nam post concursum inter fratrum liberos, dicimus resolute, spectari simplicem graduum prærogativam; * Qui sunt ejusdem gradus hi concurrunt, & remotior cedit propinquiori, sine ulla repræsentatione differentiaque duplicis vinculi, denique cognationis aut agnationis. *d. cap* 3. *in fine*. Quare si defunctus thios, hoc est, patruum, avunculum, amitam aut materteram reliquerit, juxtaque eos fratrum sororumve liberos, quoniam hi omnes in tertio gradu sunt siti, putamus, pariter eos admitti, ** idque secundum verba mentemque Justiniani satis claram in *d. cap.* 3. *in fine*; Contraria, quoniam in communem Doctorum abiit, videamus quo fundamento nitatur. Id est in *d. cap.* 3. verbis hisce; *Quando quidem igitur fratris & sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum, soli in tertio constituti gradu, cum iis, qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est, quia thiis defuncti masculis* & *feminis, sive a patre sive a matre, præponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum*. Male habitus est ab interprete hic locus; audiamus ipsum Cæsarem. ὁπότε τοίνυν τοῖς τοῦ ἀδελφοῦ καὶ τῆς ἀδελφῆς παισὶ τοιοῦτο προνόμιον δεδώκαμεν, ἵνα τὸν τῶν γονέων ὑπεισιόντες τόπον, μόνοι τρίτου ὄντες βαθμοῦ, μετὰ τῶν ἐκ δευτέρου βαθμοῦ πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται· ἐκεῖνο πρόδηλόν ἐστιν, ὅτι τῶν θείων τοῦ τελευτήσαντος ἀῤῥένων τε καὶ θηλειῶν, εἴτε πρὸς πατρὸς, εἴτε πρὸς μητρὸς εἴησαν, προτιμῶνται, εἰ καὶ ἐκεῖνοι τρίτον ὁμοίως συγγενείας βαθμὸν ἔχοιεν. Posteriorem versiculum ita rectius vertit Haloander: *illud manifestum est, quod patruis & avunculis, neque non amitis & materteris defuncti præferantur, tametsi similiter & illi tertium cognationis gradum obtineant.* Sanxerat prius Imperator, ut filii fratrum præmortuorum una cum fratribus defuncti per repræsentationem succederent. Quo ipsis indulto, tanquam consequens inde deducit, quod etiam thiis defuncti præferantur; diserte ideo tradit eos præferri, quia privilegium repræsentandi hoc casu illis dederat, ut ita non per se, sed propter thios suos defuncti thiis præferantur; Thiis igitur privilegioque cessantibus, in suis terminis relinquuntur, quibus nihil aliud habent, quam jus tertii gradus, quod ipsum habent thii defuncti. Ratio, quam dissentientes (quos sequitur usus fori) suggerunt, quod fratrum filii sint instar descendentium, ad quos difficilius recurrat hereditas, haud quidem inepta erat, quæ juri statuto circumdaretur; at stabiliendo minime est sufficiens. Quin ex hac ratione fratris nepos etiam præferendus esset Patruo, cum tamen Doctores communiter quoque statuant, ne quidem patruelibus eum præferri, qui in pari sunt gradu; quod sine dubio est verissimum. (8)

15. Hinc etiam dicendum, fratris uterini filium cum thio pleno defuncti concurrere, (9) *** quia duplicitas vinculi ultra quæstionem inter fratris liberos non extenditur, *d. cap.* 3. *in f.* (10) multo magis patruum vel avunculum defuncto ab uno latere conjunctum præferri filio patrui utrinque conjuncti; similiter patruum ex

(n) *Pos.* 37. 38. & *seqq.*

(8) *Si verum sit, quod auctor hic vult in explicatione* v. quandoquidem, *thios defuncti tantum excludi propter fratres, non propter filios fratrum, non erit verum dicere fratris & sororis filios præponi thiis defuncti, quod tamen Imp. expresse ait in* v. quandoquidem.

(9) *Imo dicendum, fratris uterini filium præponi cuicumque thio defuncti, propter privilegium repræsentationis indistincte fratrum filiis concessum. Quin diserte id tradit Imp. in* v. quandoquidem.

(10) *Duplicitas vinculi ultra ipsos fratres non extenditur, nec invenitur in fratrum filiis, ii enim non duplici sed simplici tantum vinculo contingunt defunctum. Nec germanorum filii excludunt fratres unilaterales jure duplicis vinculi, quod non habent, sed jure repræsentationis.*

(*) Jure Saxonico Unilaterales semper uno gradu existimantur esse remotiores, quam bilaterales. Unde frater Uterinus cum germani liberis concurrit, *L. R. L.* 1. *art.* 3. *P.* 3. *C. Fl.* 18. §. *Wann aber.* licet Jure Civili ab iis excludatur *Nov.* 118. *cap.* 3. Contra, Pronepos ex fratre Germano, potior est in successione, quam Pronepos ex Unilaterali fratre, *e. d. art.* Carpz. *p.* 3. *C.* 18. *d.* 24. *Schoyffer. Synops. Jur. Priv. ad lib.* 38. *de S. A. J. n.* 49. cum Justinianeum duplicitatis vinculum hoc plane non attendat, sed utrumque æquali Jure ad successionem admittat.

(**) Autoris sententia, qua Patruum cum Germanorum fratrum liberis ait concurrere, in Saxonia Communi attenditur, quoniam in tertio omnes gradu constituti sunt, unde in capita inter eos dividitur hereditas, *a I. R. L.* 1. *art.* 17. Zobel. *p* 3. *diff* 17. *n.* 10. Carpz. *p.* 3. *C. Fl.* 18. *d.* 4. Coler. *p.* 1. *d.* 40. *n.* 13. *seq.* Richter. *de Succ. ab Int. sect.* 111. *m.* 1. *n.* 70. Jus autem Electorale hoc casu fratrum liberos solos ad successionem admittit, *P.* 3. *C. Fl.* 18. ibique Carpz. *def* 4. & Moller. *n.* 3. Berlich. *p.* 3. *Concl.* 24. *n.* 34. *seqq.* Struv. *Ex* 38. *th.* 33. Atque hanc sententiam etiam Juri Civili convenire, contra Autorem Zobelius, Berlichius, Carpzovius *ll. cc.* Salicet. *ad Auth. post fratres. C. de legit. her. n* 2. aliique Dd statuunt.

(***) In Saxonia Electorali frater unilateralis quidem excludit patruum ex utroque latere junctum, *P.* 3. *C. Fl.* 18. §. *Wenn aber.* ibique Carpz. *def.* 14. Struv. *Jurispr. For. l.* 2. *t.* 30. §. 10. sed unilateralium liberos excludit patruus bilateralis, Carpz. *d. l. def.* 16. licet hic a fratrum Germanorum liberis excludatur. V. Carpz. *ibid. def.* 4. & Struv. *l. c.* §. 10.

Digitized by Google

ex uno, simul admitti cum matertera ex utroque latere conjuncta, quæ species sunt apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 2. Plane superior regula, quod proximus gradu sit jure potissimus, nihil obstat, quominus in infinitum producatur; *omnes deinceps a latere*, inquit Justinianus *d. cap.* 3. *in f.* Quod Imperator nullis finibus circumscripsit, id nobis limitare nefas. Doctores tamen ita quasi in re minime dubia tenent, olim cognatos duntaxat ad sextum, agnatos ad gradum decimum fuisse admissos, per *§. ult. l. de success. cognat.* Unde cum hodie differentia inter cognatos & agnatos nulla sit, omnes eis decimum gradum constitutos colligunt admittendos, ut multa probatur autoritate apud Forsterum, *l.* 3. *de success. cap.* 9. *n.* 1. *&* 2. qui tamen ipse, *cap. seq.* veriori merito sententiæ accedit: Eo quod olim quoque agnati sine fine graduum vocati fuerint. Neque enim ulla determinatio legitur in §. 5. *Inst. de legit. agnat. succ.* neque in §. *ult. de serv. cognat.* quin ibi; *etiamsi longissimo gradu sint*, vocantur agnati; clarius adhuc in *l.* 2. §. 1. *de suis & legit. hered.* scriptum est; *deincepsque cæteri, si qui sunt hinc orti, in infinitum*. Ex quibus liquet, etiam pro hypothesi juris novi, supposita saltem agnationis cognationisque uniformitate, omnes sanguine junctos, quibus propinquior nemo reperitur, ad successionem admitti. *

16. (o) Deficiente omni sanguinis linea legitima & naturali, prætor olim ex præsumpta defuncti voluntate & æquitate manifesta conjuges admittebat in solidum, idque recentiori jure confirmatum, *l. un. C. Unde vir & uxor.* neque id a Justiniano mutatum est; Generalis enim abrogatio legum vetustiarum, de qua est in *pr. d. Nov.* 118. loquitur de tribus succedentium ordinibus, non de conjugibus neque de fisco. Cum autem vir & uxor jure civili consensu fiant, non videtur copula carnalis, ut huic beneficio locus sit, esse necessaria, agumento insuper ex *l.* 15. *de C. & D.* suffragante: quanquam de lucro dotis vi statuti vel pacti conjugibus competente, aliter disputari potest, ut facit Bronchorst. *l.* 5. *miscell.* 98. *Gail.* 2. *observ.* 79 Mynf. 5. *obs.* 99. quippe dotis lucrum respectu matrimonii secuturi & impendi conceditur, at hæc successio ex solo affectu defuncti proficiscitur.

17. (p) Jure novissimo, adhuc alia successionis species recepta est, quando conjux præmortuus est locuples, superstes autem laborat inopia, tum hic cum liberis communibus succedit in virilem portionem si tres aut plures sint; si pauciores in quartam, scilicet usufructu tenus. ** Deficientibus autem liberis, quartam plenæ proprietatis aufert cognatis, in quam tamen legata a defuncto relicta imputantur. *auth.* præ-

(o) *Pos.* 43. (p) *Pos.* 44.

(*) Jure Saxon. Successio cognatorum ad gradum septimum restricta videri poterat, *A. L. R. l.* 1. *art.* 3. sed contrarium apparet, si dicto articulo jungas *lib.* 1. *art.* 17. *&* 18. Unde ultra septimum gradum succedendi Jus cognatis apud nos competere, docent Schneidewein. *ad pr. l. de hered. quæ ab Intestat. deferunt. in tertio ordine succedent.* n. 39. Schulzius *Syn. Inst. tit. de tertio ordine succedent. lit. l. verbo: & quamvis.* & Carpzovius *Part.* 3. *Const.* 18. *Def. ult.* qui tamen *ibid. n.* 2. *&* 5. cum Colero *dec.* 53. *n.* 1. successionem hanc Collateralium ad decimum gradum restringit. Sed Autoris sententia, qui omnes omnino cognatos in infinitum ad successionem admittit, omnino præferri meretur; cum §. *f. l. d. success. cognat.* exemplum remoti gradus saltem recenseat, non ulteriores gradus excludat. vid. Struv. *S. J. C. Exerc.* 38. *th.* 35. Stryk. *de Succ. ab Int. Diss.* 3. *c.* 1. §. 29. Conf. Menck. *Gymn. Polemic. Controv. Jur. Civil. Disp. XV. th.* 3.

** Eandem portionem Jure Saxonico communi uxori in casum inopiæ relinquendam esse, patet ex Carpz. *p.* 3. *C.* 20. *Def.* 25. dissent. Coler. *dec.* 61. *n.* 49. nisi statuto aut consuetudine speciali alia portio ipsi fuerit determinata, conf. Struv. *S. J. C. Ex.* 38. *th.* 41. Richter. *de Succ. ab Int. Sect.* 4. *membr.* 4. *n.* 4. Moller. *ad d. C.* 20. *n.* 62. Sed Jus Saxonicum Electorale uxori arbitrium relinquit, utrum portionem statutariam accipere, an illata velit repetere, *d. C.* § *f.* ibique Carpzov. *def.* 8. Continet autem portio statutaria liberis existentibus quartam, deficientibus tertiam partem hereditatis mariti, quam uxor capit, sub onere Geradam & omnia sua bona conferendi, *d. C.* ibique Carpz. *d.* 26. 27. 28. *seq.* Statutum autem Lipsiense Uxori, etiamsi liberi sint superstites, sine discrimine tertiam & jus retinendi Geradam largitur, idemque ei optionem *d. C. El.* datam relinquit, licet alias uxor portione statutaria locali vi Rescripti D. Christiani II. de an. 1606. teneatur esse contenta, vid. *Leipziger Willkuhr art.* 29. *Leipziger Ordnungen*, Privilegia *und.* Statuta *p.* 195. Carpz. *ad d. C. def.* 6. *def.* 13. Maritus autem Jure Saxonico Comm. & Electorali, in omnia conjugis mobilia succedit, *L. R. l.* 2. *art.* 31. *L. R. l.* 3. *art.* 76. *P.* 3. *C. El.* 22. salvis tamen rebus Geradicis, quas mediante inventario proximæ cognatæ uxoris defuncti restituit, & legitima liberorum ac parentum. Ea enim deficientibus immobilibus, ex hisce mobilibus supplenda est. Carpz. *ad d. C. def.* 18. 19. *&* 25. Ita vero maritus omne æs alienum, quod ratione mobilium contractum est, solus, *a. L. R. L.* 1. *a.* 34. ratione immobilium successor in immobilia, commune pro rata maritus dissolvit, vid. Carpz. *d. l. d.* 15. 26. 27. conf. Qu. Sept. Flor. Rivini *Diss. de marito herede mobiliari in Saxon. Lips.* 677. *inaug. hab.* Cæterum Statuto Lipsiensi hoc particulare debetur, quod maritus ad uxoris fine aliis defunctæ Geradam, retenta etiam mobiliari successione, admittatur, *Stat. Lips. d. Gerad. d.* 1672. *a.* 2. 3. Si nulla adsint mobilia, in Electoratu nihil ex uxoris hereditate maritus lucratur, *a. d. art.* 76. Carpz. *l.* 2. *def.* 24. cum *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Jan.* 1701. Sed Jure Communi Saxonico successionem ex *Nov.* 117. *c.* 5. haud denegari, v. B rl. *p.* 3. *Concl.* 29. *n.* 49. Nicol. *Ref.* 22. *n.* 270. conf. Struv. *S. J. C. Ex.* 38. *th.* 41. Richter *de S. A. J. sect.* 4. *membr.* 2. *n.* 58. De Successione Geradica, Heergewettica &c. ad Digesta nonnihil infra monebitur.

Digitized by Google

præterea. *C. unde Vir. & Ux.* Cujus argumento, idem de eo, quod mulier in dote habuerit, affirmandum videtur. Irnerius verba Authenticæ ita temperavit, ut de viro perinde ac de muliere intelligenda videantur. Et ſane *Nov.* 53. *cap.*6. in fine *princ.* & §. 2. ſatis aperte tam de viro quam de muliere loquitur, *ὁμοίως μὲν ἐπὶ τῶν ἀνδρῶν, ὁμοίως ἐπὶ τῶν γυναικῶν, κοινὸν γὰρ καὶ τοῦτον ἐπ' αὐτοῖς τίθεμεν τὸν νόμον*. *Perinde quod ad viros quam quod ad mulieres; communem hanc enim utriſque legem conſtituimus*, & §.2. *εἴπερ ἀπόρως ὁ ἀνὴρ ἢ καὶ γυνὴ διάκειται*, *ſi quidem inops aut vir aut mulier exiſtat*. Sed huic Novellæ derogatum eſſe per *Nov.* 117. *cap.* 5. *in fine* tradit ex Cujacio & Rittershuſio noſter Wiſſenbachius, *diſp. ad Inſt.* 30. *th.* 51. verba derogatoria ſunt hæc; *τὸν ἄνδρα γὰρ ἐπὶ τῶν τοιούτων θεμάτων, τὸ τέταρτον μέρος, μετὰ τὸν πρότερον ἡμῶν νόμον ἐκ τῆς οὐσίας λαμβάνειν τῆς γυναικός, πάσι τρόποις κωλύομεν*. *Virum enim in ejuſmodi caſibus quartam partem, juxta legem pridem a nobis latam, ex ſubſtantia uxoris accipere, omnibus modis prohibemus*. Sed cogitandum illud Hippocraticum, *μηδὲν εἰκῆ, μηδὲν ὑπερορῶν*. Exiſtimo, hanc abrogationem non eſſe generalem; ſed ita demum per hunc locum viro ſucceſſionem negari, ſi quidem ſine cauſa uxorem matrimonio exegerit; idque ex verbis præcedentibus: *Τὴν μέντοι ἀλόγως ἐκβληθεῖσαν, ἐν αὐτῷ τῷ καιρῷ τῆς ἐκβολῆς τὸ μέρος κελεύομεν λαβεῖν τὸ περιεχόμενον τῷδε τῷ νόμῳ*. *Mulierem quidem ſine ratione ejectam, ipſo tempore quo ejicitur, partem hac lege ipſi debitam accipere jubemus*. Tu dices, nulla tum connexio inter utramque periodum, quam tamen requirit ſenſus propter particulam *γάρ*, *enim*. Sed dicam, nihilo fore meliorem, ſi verba ſecus accipias, connexionem. Quare enim mulier ſtatim ac ejicitur, quartam accipit? An ideo quia vir nunquam ei ſuccedit, ut tranſitoria particula indicare videbatur? ↑ulla hæc *αἰτιολογία*. Sed noſtra hypotheſi conſtabit melius, *mulier ejecta ſtatim petit quartam*; quid autem, ſi prior ipſa moreretur atque vir tunc inops eſſet, ut fere ſolent *γυναικομάνιγες*? Nihil hoc moratur; vir *enim* quotieſcunque *ἀλόγως* uxorem expulit, hujus legis beneficio non gaudet, ait Imperator, quemadmodum nec mulier, quæ intra annum luctus ad ſecundas tranſvolavit nuptias *l.* 1. & 2. *C. de ſec. nupt.* Bene igitur habet communis Pragmaticorum ſententia, hanc conjugum ſucceſſionem reciprocam ſtatuentium. Moribus hodiernis Viri & uxoris ſucceſſio, tam illa ex Edicto, quam ex jure noviſſimo, varie aut recepta aut improbata eſt, ut D. Voetius probat, *tit. Inſt. de ſucceſſ. ab inteſt. n.* 12. Apud nos viget haud dubie.

18. Succeſſio ex pactis dotalibus frequens inſtituto populorum hodierno, a jure quidem civili aliena. *l.* 14. *C. de pactis*. ſed Praxi forenſi comprobata eſt, ut Sandius teſtatur. *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 7. In Friſia tamen juris communis valere obſervationem idem teſtatur, hactenus ſane, ut liberam teſtamenti factionem pacta dotium non tollant, an tamen rigide juri Romano Amphictyones noſtri inſiſterent, ut ne quidem valere pacta paterentur ſi nihil contra teſtamento ſit cautum, valde dubitarem, quia plerique a quibus illa pacta improbantur, valere tamen ea volunt quaſi in vim ultimæ voluntatis, ſi nihil contra ſit diſpoſitum, ut Sandius eadem definitione obſervat. Simile de unione prolium eſto judicium, qua conjuges paciſcuntur, ut Liberi, quos e diverſis habent matrimoniis, pariter ſibi ſuccedant. Nam & hujus etiam jure Friſico non erit ille effectus, ut Parentibus liberam teſtandi facultatem eripiat, ſed tantum, ut quaſi ab inteſtato velut liberi ſuccedant: Si modo etiam hoc jure potiri poſſint, quandoquidem nulla ſpecialis de hac prolium unione conſuetudo Friſiorum extat. Cæterum, poſt conjuges, ad affines, qui per conjuges junguntur, nulla lex propagat ſucceſſionem. *l.* 7. *C. comm. de ſucceſſ.* Unde privigno inteſtato non ſuccedit vitricus, *l.* 3. *C. eod.* neque comprivignis jus eſt ultro citroque capiendæ hereditatis. *l.* 5. *in f. C. eod.*

19. Eſt tamen, (q) ut poſt conjuges aliquando obtineat ſucceſſio ante Fiſcum. Nempe, ſi quis decurio, navicularius, cohortalis vel fabricenſis deceſſerit; Quippe eorum bona non fiſco, ſed collegiis & corporibus, quorum ipſi membra ſunt, adquiruntur, *l.* 1. & *t. t. C. de hered. decur. navic. cohort. &c.* niſi quod una particularis ſucceſſio adhuc ipſa illa collegia anteveniat. Nempe, ſi quid a principe donatum ſit pluribus, id uno ex illis deficiente, ad hos qui ſunt participes ejusdem liberalitatis devolvitur. *l. un. C. ſi liberal. Imp. ſoc. ſine hered.*

20. (r) Poſtremus locus Fiſco datur; ſi neque deſcendentes neque aſcendentes neque a latere agnati vel cognati neque conjuges nec collegia, quibus hoc jus ſit, extent, tum bona

(q) *Poſ.* 45. (r) *Poſ.* 46.

bona vacantia rediguntur in Fiscum. *l.* 1. *in pr. de success. Ed.* Jure naturali poterant Nullius videri cessura occupantibus: at cum merito incommodum & rixis videretur obnoxium, universitas civium jus hoc sibi, id est, Reipubl. vindicavit. *l.* 1. & 4. *C. de bonis vac.* Potest tamen Fiscus ab eo, qui heredes legitimos non habet neque testari vult, fideicommisso gravari. *l.* 114. §. 2. *de legat.* 1. Debent autem vacantia illa bona Fisco nunciari intra quadriennium, *l.* 1. §. 2. *de jure fisci.* quanquam alioqui vindicandis iis, quae in commissum ceciderunt, non nisi quinquennio praescribatur. *l.* 2. *C. de vectigal.* Facta autem nunciatione intra quadriennium, quaestio quidem ulterius proferri potest, *arg. d. l.* 1. §. *penult.* verum si quis intra quadriennium detulerit, etsi destiterit, tunc alius post quadriennium nunciare non potest, nisi primus sit praevaricatus & causam prodiderit. *l.* 10. *in princ. de divers. temp. praesc. d. l.* 1. §. *ult. Dinumeratur* autem *quadriennii tempus, non ex opinione hominum, sed de substantiis bonorum vacantium*, inquit Papinianus in *d. l.* 10. §. 1. hoc est, ut puto, non quando homines opinantur defunctum heredibus carere, quia nullum norunt; sed cum plane & certo constat, nullum extare successorem, cum ratio genealogiae explorata est, aut qui succedere possunt hereditatem repudiarunt. *d.* §. 1. & *d l.* 1. §. 2. *de jure fisci.* Solus autem Fiscus habet hoc jus, non civitates, quae superiorem agnoscunt. *d. l.* 1. *C de bon. vacant.* * Olim bona quoque damnatorum, ita ut poena mors naturalis vel civilis esset, in fiscum redigebantur. *l.* 1. *in pr. de bonis damnat.* Hodie non aliter, quam si deficiant descendentes vel ascendentes, in tertio gradu, quibus successio manet salva: Collateralibus praefertur Fiscus *Nov.* 134. *c. ult. in fin.* excepto majestatis crimine, cujus damnatorum bona adhuc indistincte publicantur. *d. nov in fin.* Moribus varie jus vetus aut novum servatur; Plerumque cessant publicationes, ac ut obtineant, opus est statuto, teste Perezio ad *tit. C. de bon. proscript.* cujusmodi cum nullum sit in Frisia, non videmus confiscationes ibi usitatas extra Majestatis crimen.

21. Non potest heic omitti Quaestio frequens in foris hodiernis, a Juris Romani tamen aliena terminis: Quia saepe fit, ut diversum jus succedendi ab intestato in locis ubi defunctus habuit domicilium, atque in iis locis ubi bona sita sunt obtineat, dubitatur secundum utrius loci leges successio regenda sit. Communis & recta sententia est, in rebus immobilibus servandum esse jus loci in quo bona sunt sita; quia cum partem ejusdem territorii faciant, diversae jurisdictionis legibus adfici non possunt; verum in mobilibus nihil esse causae, cur aliud quam jus domicilii sequamur; quia res mobiles non habent affectionem versus territorium sed ad personam patrisfamilias duntaxat; qui aliud quam quod in loco domicilii obtinebat, voluisse videri non potest. ** Qua de re vide Sandium *l.* 4. *tit.* 8. *def.* 7. ubi plures citantur Auctores, simulque fieri posse demonstrat idem *def.* 9. ut partim e testamento, partim ab intestato eidem patrifamilias succedatur e diversitate Statutorum; velut si paterfam. Frisius locuples heic & in Omlandia, scribat heredem, is Frisica bona consequitur, Omlandica deferuntur ad proximos ab intestato, quoniam de immobilibus illic per Leges testari non licet.

(s) *Pos.* 47.

(*) Recte monet Dominus Autor, Jus fisci non pertinere ad Civitates municipales sec. Jus Civile, vid. Ant. Perez. *ad tit. C. de bon. vacant. n.* 2. *seq.* Struv. *Synt. Jur. Civ. Exerc.* 50. *th.* 47. Jure vero Saxonico Communi & Electorali, Civitas, quae per investituram gaudet Jurisdictione superiore, etiam bona sibi vindicat vacantia, *a. L. R. L.* 2 *art.* 20. Reinhard. *P.* 1. *Diss* 34. Coler. *p.* 1. *dec.* 22. *n.* 3. Richt. *de Success. ab Int. Sect.* 5. *n.* 8. Schilter. *ad ff. Ex* 50. *th.* 3. Idemque Jus in pagis Nobilibus aut Jurisdictionis Dominis competit, si merum imperium ipsis sit concessum, ut illius onera quodammodo compensentur, *a. d. art.* 28. Stryck *de Succ. ab Int. Diss.* 3. *c.* 1. *th.* 16. Ziegler, *ad Praxin. Calvoli*, §. *Nobiles. n.* 23. *p.* 391. Schilter. *ad ff. Ex.* 50. *th.* 8.

(**) Sententiam Autoris confirmat in Saxonia *Dec. Elect.* 54. unde ratione immobilium respicimus ad statuta, quae in loco rei sitae obtinent, non ad locum ubi defunctus habitavit, aut decessit, Phil. *ad d. Dec. Obs.* 1. Carpz. *L.* 6. *Resp.* 39. *Id. P.* 3. *C.* 12. *Def.* 15. Richt. *de Success. ab Int. Proem. n.* 34. Stryck. *de Success. ab Intest. Diss.* 1. *c.* 4. *n.* 2. *seq.*

TIT.

Digitized by Google

TIT. XIV.

De Obligationibus.

I. Transitus, & Obligationem recte ad secundum Juris objectum referri. II. Definitio & divisio obligationis. III. Explicatur naturalis. IV. Civilis obligatio exponitur. V. Ejus causæ, contractus & delictum. VI. Contractus definitio & divisio explicatæ.

(a) HAbuimus Jura in Re constituta sine respectu ad certam personam, quæque rem ipsam afficiunt ubicunque existunt, Dominium, Servitutem, Hereditatem (de pignore alibi agetur). Tempus est ut discamus, quale sit jus quod ad rem comparatum est; vel potius in personam ad rem consequendam, quod pari passu ambulare cum obligatione, neque differre ab ea nisi modico respectu, *ad tit. de R.D.* probavimus. Scilicet, Obligatio est vinculum inter duos; vinculum, quo debitor & creditor inter se conjunguntur, adeoque duabus constat partibus, jure Creditoris & onere debitoris. Illud, *jus ad rem* vulgo dicitur: hoc specialiter obligatio; tametsi *Obligatio* cum respectu ad creditorem etiam usurpetur, ut cum obligatio cedi, vendi, legari dicitur, qua de re latius actum in *lib. 4. Digress. c. 5 & animadv. de jur. in Re & ad rem. c.13.* Non sequemur eorum sententiam, qui contra auctoritatem & utilitatem juris invitaque ratione, nolunt de obligatione tractari in capite de rebus, sed in primo de personis, ideo, quia in *l. 3. de O. & A.* scriptum est, obligationis substantiam non in eo consistere, ut rem nostram faciamus, sed ut alium nobis obstringamus. Scilicet, differentiam ejus a modis adquirendi rerum dominia indicat ibi Jurisconsultus; Obligationem non esse causam proximam & immediatam dominii, sed mediatam, interveniente videlicet facto personali per quod jus nanciscimur, quo in actum deducto, simus domini, ut verbis sequentibus significatur, *ad dandum.* &c. Proinde hoc jus diversum quidem est a dominio, sed inde tamen nequaquam alienum; certe ejusmodi, quod auget patrimonium nostrum, & merito in bonis esse dicitur. *l. 49. de V. S.* Unde & in divisionibus rerum obligationes diserte, ut species earum, collocantur *tit. Inst. de reb. corp. & incorp.* habentque reales effectus, quatenus vendi, in solutum dari, donari, atque pignorari possunt. *l.4. de hered. vel act. vend. & l.1. C. de O. & A.* Plane res est manifesta, quod non modo Triboniani, sed & Caji in Institutionibus aliorumque antiquorum ea fuerit ratio; in primo juris libro sive objecto, ut loquimur, agere de statu personarum deque iis, quæ ad hominem pertinent, sed eum non faciunt locupletiorem. In secundo, de his, quæ ad Patrimonium referuntur, quod sine dubio & de obligatione prædicari potest. Enimvero sunt *ἰδιογνώμονες* in hac quæstiuncula Viri alioquin egregii, Vultejus *discept. scholiast. c. 16.* ejusque auditor D. A.Matth. ad *hunc tit. & alibi passim.* iterumque hujus auditor, nosterque Præceptor D. Wissenbachius, qui rarissime ab sui præceptoris sententiis recedebat. Acquiescamus in veterum doctrina, non quia vetus, sed quia vera & immobilis. Sed Theophilus quid sibi vult? *εἰπόντες*, inquit, *περὶ των πραγμάτωννῦν μετέλθωμεν ἐπιτὰς ἐνοχὰς. Postquam diximus de rebus, transeamus nunc ad obligationes.* Distinguit aperte res ab obligatione; sed, ut in sequentibus tradit, ea mente, quod obligatio tanquam mater actionis in personam, ad caput atque tractatum de actionibus pertineat. Atqui illa ratione Theophilus etiam dominium, ut matrem actionis in rem, ad tertium juris objectum referre posset. Ordinis hæc est, quam modo diximus, ratio manifesta, in primo & secundo objecto ut agatur de his, quæ ad statum personarum pertinent, & de juribus, quæ patrimonium augent, ut dominium & obligatio; In tertio de remedio, quo jus personale & patrimoniale nobis adserimus, quod est Actio.

2. (b) Definitur obligatio a Justiniano, quod sit juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura. Quod sit vinculum inter duos & quo sensu, diximus *a pr.* Necessitas adeo cunctarum obligationum virtus est; quanquam Modestinus in *l. 52. in pr. de O. & A.* sensu plane arbitrario necessitatem unam e pluribus obligationum causis appellat, qua scilicet heres necessarius sit obstrictus, §. 7. *d. l. 52.* populariter ibi,

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 5. (b) *Pos.* 4. 5. 18. 19.

Digitized by Google

ibi, non ex arte sumit obligationem pro facultate qua, quis ad aliquid præstandum quovis modo tenetur; quemadmodum *deberi* sic aliquando sumitur, ut quicquid *ad nos pertinet* intelligatur. *Solvendi* verbum explicatur a Paulo in *l.* 3. *in pr. eod.* dum ait, obligationum substantia in eo consistit ut alium nobis obstringat ad *dandum aliquid vel faciendum vel præstandum*. Dare est dominium transferre. §.14. *Instit. de Action. l.* 75. §.*ult. de V.O.* Facere quid sit, quando solutioni & præstationi opponitur, difficile dictu est. Nil melius in mentem venit, quam eum *facere*, qui actum exercet non pertinentem ad implementum generale certi contractus; Ut ædificare domum, pingere tabulam, manumittere servum, ire Romam, *l.*72. §. *ult.* & *l.* 84. *de V. O.* juncta *l.* 124. *D. eod.* simpliciter alioqui *facere* significat etiam *dare* & *præstare*, ut videre licet apud Brissonium *in verbo* facere. Præstare tunc erit implere quamlibet fidem contractus, quatenus a dando & faciendo discrepat, ut *præstare* fidem, *præstare* culpam, id quod interest, evictionem & similia. Cæterum, mixtæ actiones, quæ partim in dando, partim in faciendo consistant, vix est ut dentur, una forsitan excepta, quæ est de rationibus reddendis; hæc est *ad factum* reddendi rationes, & ad *dandum*, ut reliqua præstentur, *l.*82. *de C. & D.* (c) Divisio, ut diximus, est in Naturalem atque Civilem, *l.*8.§.3. *de fidejuss.*& *l.*18. *de Scto Macedon.* Necessaria est hæc divisio ad juris scientiam: at monendus est Lector, definitionem modo positam e Justiniano, de Civili tantum esse conceptam. Proinde, si ad hanc divisionem ordinandam tantisper ultima verba definitionis, quæ sunt hæc, *secundum nostræ civitatis jura*, præcidere velis e memoria, per nos licet.

3. Obligatio Naturalis est, quæ solo æquitatis vinculo sustineri dicitur in *l.* 95. §. 4. *de Solution.* Civilis, quæ legis autoritate subnixa est. Naturalis obligatio non omnis in pari pretio habetur; Quibusdam enim lex opitulatur, aliis nullam vim tribuit. Quæ hujus sunt generis, vel neglexit omnino vel enervavit. Quas neglexit, eas naturalitati suæ & conscientiis hominum reliquit; ut est obligatio gratitudinis, veluti *ad remunerandum*, *l.* 25. §.11. *de hered. pet.* item ejus, qui legata ex voluntate testatoris integra debet, cum nihil ipsi sit salvum *l.* 5. §.15. *de donat. int. vir. & ux.* & heres, qui ex testamento non solenni hereditatem aut legatum alii cedere debet, unde ne conscientiam quidem absolute obligari, plena manu probavimus *l.* 4. *Digress. c.* 34. & *seqq.*

SCHOLIUM.

Ergo nec erit obligatio naturalis, si ne conscientiam quidem obligat. Ergo neque hoc exemplum ad thesin spectabit? Imo vero, modo distinguas inter obligationem naturalem abstractam a lege civili, & ex hypothesi legis civilis. Est hæc obligatio naturalis respectu priori, non est respectu posteriori. Aliter paulo Autor in Digress. d. l. 4. cap. 35.

RESPONSIO.

Etiam sine ea distinctione puto dari Obligationem naturalem, quæ commendat observantiam sui, non imperat, ut est obligatio ad remunerandum, & hæc de qua diximus in loco citato.

N. ADDIT.

Hoc vero est repetere saltem contradictionem, non respondere ad objectionem. Quæ commendat observantiam sui obligatio & obstringit conscientias hominum, ea est obligatio ad remunerandum, de qua id diserte asseruerat Autor. De altera vero, nempe heredis ex testamento non solenni, hereditatem cedere debentis, dixerat, quod ne conscientiam quidem obliget, i. e. ne quidem commendet sui observantiam.

Obligationes quas jus civile privat effectu ac enervat, sunt hæ; Pupilli majoris infantia, nam infans plane non tenetur, *l.* 25. §. 1. *Quand. di. leg. ced. l.*21. *ad L. Falcid.* & *l.*1. *in fin. de novat.* juncta *l.* 127. *de V.O.* & *l.*41. *de condict. indeb.* filiifamilias mutuam pecuniam accipientis, *l.*10. juncta *l.*1. *de Scto Maced.* & mulieris fidejubentis. * *l.*2. & *t.t. ad Sc. Vellej.* Obligationes quibus lex opitulatur quidem, verum non dat agendi petendique jus in foro, his alios tamen effectus minime spernendos tribuit: Parit exceptionem, *l.* 7. *in pr. de Pact.* impedit condictionem indebiti, *l.* 13. & *l.*26. §. 12.

(c) *Pos.* 6. & *seqq.*

* Huc pertinet etiam obligatio mulieris sine Curatore in Saxonia contrahentis. Quamvis enim eam naturaliter obligari, Carpzov. *P.*2. *C.* 13. *Def.* 7. *n.* 9. *Id. de Jure fem. sing. dec.* 3. *pos.* 3. *n.* 6. Philipp. *Us. Pr. I. Lib.*3. *Ecl.* 60. *n.* 11. Moller *ad C.*15. *n.* 60. *seq.* aliique Dd. sentiant; efficacem tamen esse hanc obligationem, & effectus, quos Jus Civile obligationibus naturalibus tribuit, retinere, vix potest asseri. Condictionem indebiti Mulieri obligatæ largiuntur ipsi Carpzov *ad d. C. def.* 2. Moller. *l. c. num.* 91. *seq.* Philip. *ad Dec. El.* 24. *Obs.* 3. *num.* 3. & fidejussorem pro ea intercedentem non obligari infra ad Tit. XXI. ostenderur. Quare rectius fœminam sine Curatore contrahentem, ne naturaliter quidem obstringi, Pantschmann. *Ver. Quæst. l.* 1. *qu.* 5. *n.* 20. Berlich. *p.* 2. *Concl.* 17. *n.* 24. aut naturalem, si qua subsit, obligationem omni vi ac effectu civili destitui, defendunt Brunnemann *ad l.* 6. *ff. de fidej. n.* 4. Joh. Sam. Stryk *de Jur. sing. femin. Hamb. c.* 2. *th.* 34. licet ipse Huberus circa finem hujus positionis, & Pagenstecher *in Aphorism. Inst. Lib.* 3. *aph.* 51. hujusmodi obligationem naturalem efficacem esse, existiment.

§.12. *de condict. indeb.* l.10. *de O. & A.* recipit Constitutum, *l.*1. §.7. *de pec. Const.* fidejussores, pignora: §. 1. *de fidejuss. l.* 6. & 7. *eod.* Denique, novari potest ejusmodi debitum, *l.*1. §. *ult. de Novat.* imo, potest compensari. *l.*6. *de compensat.* Hos omnes effectus non dubitamus adscribere servorum obligationi, *l.*13. *pr. de Condict. indeb.* ut & nudo pacto, *Is enim natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus*, ait Paulus in *l.* 84. §. 1. *de R. J.* ubi de pacto haud dubie loquitur, ut ex collatione *l.* 1. *pr. de pactis* liquet, quo qui tenetur, eum natura & jure Gentium esse obligatum affirmatur, daturque ei hic effectus quod exceptionem producat. *l.* 7. *in pr.* & §. 4. *de pact.* Sed hæc utraque species moribus nostris incognita est.

SCHOLIUM.

Scilicet, quod ad affectum. Nam pactum nudum hodie magis cognitum est quam stipulatio, etsi hodie pactum nudum actionem producat.

RESPONSIO.

Sufficit igitur, extra usum esse Pactum, quatenus olim erat obligatio naturalis, quo respectu heic tantum consideratur.

A. ADDIT.

Nulla est contradictio inter nos, cum scholium istud non adjecerim correctionis, sed explicationis gratia.

Auctor scholiorum contra distinctionem superius positam adhuc ita procedit.

SCHOLIUM.

At quomodo hæ obligationes differunt ab obligationibus, quas in totum destitutas a jure civili voluit Autor? In obligationibus prohibitis quidem differentia est, v. gr. in obligatione filiifamilias qui prohibetur *mutuam pecuniam sumere; at servorum contractus, item pacta nuda non sunt prohibita; Sed obligatio ex testamento imperfecto tamen, quam Autor pos.7. afferebat, tanquam exemplum obligationis in totum destitutæ, exceptionem parit.* vide *l.*2. *C. de fideicommiss. Et ergo illa non in totum destituitur* per hanc pos. 10.

*Sed & obligatio pupilli pos.*8. *ad obligationes plane destitutas relata, constitutum, fidejussores, pignora, novationem &c. admittit* dd. text.

RESPONSIO.

Ad primam objectionem; Non diximus, servorum contractus & pacta esse inter obligationes naturales prohibitas; est error elenchi. Ad II. objectionem; neque obligationem e testamento imperfecto parere exceptionem, nisi quis facti gnarus errore juris solverit, ut infra de quasi contr. *dicetur. quo casu non dicimus esse penitus destitutam speciem. Ad objectionem III. Fidejussiones, pignora, novationes sub ecte pupilli obligationibus, non valent ut earum accessiones, sed ut novæ obligationes, ex voluntate Fidejubentium atque novantium. Infra* de Fidejuss.

N. ADDIT.

Ad I. Imo autor commisit ignorationem elenchi, cum ea, quæ de obligationibus prohibitis movi, pro objectione habuit, cum sit potius concessio & ostensio quod dubium ad illam speciem non pertineat: & sane ipse concessi, disertis verbis, servorum contractus & pacta nuda non esse prohibita. Ad II. Ergo hæc distinctio facit ad minimum ut obligatio ex testamento imperfecto non referatur ad obligationes in totum destitutas, sed ut tertiam speciem mixtarum constituat. Ad III. Distinctionem hanc non admittit natura fidejussionum & novationum, quæ totæ, quantæ sunt, accessiones sunt. pr. §.1.3.5. Inst. de fidejus.

Cæterum, ad obligationes naturales, quæ jure civili non penitus destituuntur, bene refertur obligatio mulieris nuptæ, quæ marito non auctore se obligavit, in iis locis, ubi is est legitimus Curator uxoris; item obligatio, de cujus causa nihil constat; de qua *vid. infr. de inutil. stipulat.*

4. Atque hæc de obligatione naturali. Videamus de civili (d). Hæc vel est Civilis tantum, vel Naturalis simul. Illa, quæ legum subtilitate duntaxat nititur, æquitate destituta naturali, quæ propterea parit quidem actionem, sed per exceptionem, quam suggerit æquitas, eliditur.

SCHOLIUM.

Hæc saltem obligatio, quoad nomen & subtilitatem juris est, talis revera non est obligatio, jam dudum id subodorante Paulo l.112. de R. J. Nihil interest, *inquit*, ipso Jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *Confer* Philos. jur. §. 112.

RESPONSIO.

Philosophia Juris non debet evertere Juris Historiam neque terminos Artis. Paulus de eventu loquitur, quo nihil interesse, num detur Actio an exceptione elidatur, satis constat; verum si tu velis abolere quicquid ipso vel summo jure consistit, in eventu non consistit, ut & quæ ipso jure nulla sunt & quæ rescinduntur, magnam disciplinæ partem sustuleris. Qui metu coactus est, vere obligatur, quia voluit ἐκ προαιρέσεως, ex deliberato consilio, *etsi obligatio civili effectu destituatur. Maneamus igitur in terminis Artis. Mi-*

(d) *Pos.* 12. & *seqq.*

Digitized by Google

N. Addit.

Mirandum, quod, qui mihi modo errorem elenchi objicit, tam multiplicem hic committat. Nam. (1) *An ego in Scholio tentavi unquam evertere juris historiam & terminos artis; An non fere eadem verba reperiuntur in Scholio, quæ Autor habet in lineis præcedentibus, nisi quod id de novo observetur, quod Autor etiam concedit, obligationem hanc destitui effectu?* (2) *Uti vero ex dictis constat me nihil voluisse abolere, ita quæ Autor de iis, quæ ipso jure nulla sunt & quæ rescinduntur immiscet, ad hunc locum proprie non pertinent, cum ea, quæ rescinduntur, effectus habeant suos, si non rescindantur. An obligatio mere civilis nullum habet effectum nec naturalem, quia destituitur æquitate naturali, nec civilem, quia elidit per exceptionem?* (3) *Si metu coactus vere obligatur, quia voluit ex deliberato consilio obligari, falsum est, quod Autor dixit modo, hanc obligationem æquitate naturali destitui* (4). *Si vero æquitate naturali non destituitur, non potuit referri ad obligationes mere civiles; sed potius tum esset obligatio naturalis & civilis simul.* (5) *Si obligatio mere civilis est vera obligatio, debet habere effectum civilem. Sed Autor hic ipse fatetur, quod obligatio ex metu destituatur effectu civili & nitatur saltem æquitate naturali: Ergo una eademque obligatio, erit simul mere civilis, simul mere naturalis &c.*

Exempla passim occurrunt. Qui ad tempus promisit, etiam post tempus obligatur. §.3. *I. de V. O.* Qui a creditore suo pactus est ne peteret, etiam post pactum obligatur. §.3. *I. de except.* Qui metu coactus, qui dolo deceptus promisit, jure civili quoque obligatur. §.1. & 2. *eod. tit.* Dantur vero quædam obligationes mere civiles, quæ non actionem inefficacem, sed exactionem producunt; quia tales erant, ut propter utilitatem publicam finiendasque lites ea virtute deberent instrui. Ideo præsumptio in illis stabilita est, quod naturalis causa semper subesse credatur. Talis est obligatio literarum, *infra de liter. oblig.* rei judicatæ, *l.* 25. *de Stat. hom.* jurisjurandi voluntarii §.11. *infr. de action.* & confessionis judicialis, *l.* 1. *D. de confess.* ex quibus datur efficax actio, tametsi debitor revera nihil debeat; In his omnibus non quæritur an debeatur, sed an scriptum, judicatum, juratum, atque confessum sit.

Obligatio, quæ civilis simul ac naturalis est, sine exceptione actionem producit efficacem. Eaque a Justiniano duplex in §.1. *h. t.* traditur; Civilis & Prætoria. Illa ex legibus oritur, hæc ex Edictis Prætorum, *d.* §. 1. quæ stricte sumpta legibus opponuntur. *l.* 7. §.1. *de Just. & Jur.* Civilis, *quæ aut legibus constituta, vel certo jure civili comprobata est.*

Scholium.

Hæc divisio obligationis, fundamentum præbuit divisioni Magistrali actionum in nativas & dativas. Illæ oriuntur ex obligationibus lege civili comprobatis, hæ ex constitutis.

Constitutæ legibus dicuntur, quæ solido quidem juris Naturæ fundamento nituntur, aliis tamen gentibus aut populo Romano primitus in usu non fuere; postea vero a sanctionibus Romanis vim suam acceperunt, ut sunt verborum obligationes, pacta legitima, furti ex L. XII. Tab. Damni ex lege Aquilia; Injuriæ ex lege Cornelia, & similes. *Comprobatæ* jure civili sunt, quæ aliarum gentium jure vim plenam obtinentes, a populo Romano receptæ, addendoque aliquid vel detrahendo, juris civilis sunt factæ, *l.* 5. *de J. & J.* ut sunt emptiones, venditiones, locationes conductiones & reliqui juris gentium contractus. Prætoriæ actiones omnes constitutæ dicuntur, quia per expressa Prætorum Edicta vis obligandi illis addita fuit, ut est obligatio ex jurejurando, constitutæ pecuniæ, similesque, de quibus *in* §.9. *& seqq. de Action. cum tit. seq.* Sed Prætoriæ obligationes effectu parum aut nihil a civilibus differunt; imo sub Civilibus continentur, quando civiles ac naturales inter se opponimus, non secus ac ipsum jus Prætorium sub jure civili late sumpto comprehenditur. *d. l.* 7. §. 1. *de Justit.* Denique fieri potest, ut æquitas sola sine adminiculo legis specialis actionem producat, si prægnantior sit, & si proxime ad aliquem contractum accedat, cujusmodi exemplum est in *l.* 32. *de reb. Cred.* Quoties autem simpliciter obligationem nominamus, hanc, videlicet civilem, intelligimus;

5.(e) Cujus causam & matrem Ulpianus in *l.* 7. §.1. & 2. *de Pactis.* ait esse συνάλλαγμα, quod in *l.* 19. *de V. S.* interpretatur *ultro citroque contractum*; sive negotium ultro citroque gestum, quod est duplex, contractus & delictum.

6. Contractus est conventio per se producens obligationem & actionem. Genus est *conventio*, hoc est duorum vel plurium in idem placitum consensus. *l.* 1. §.2. *de pact.* Cujus duæ sunt species, contractus & pactum nudum. *l.* 19. *in fin. de nov.* Differentia ab effectu est, quia contractus producit obligationem & actionem, quo dis-

(e) *Pos.* 20. *& seqq.*

Digitized by Google

discernitur a pacto nudo; addimus *per se*, ne definitio conveniret pactis legitimis, id est, lege vel edicto confirmatis, quæ cum actionem non sua, sed legum vi producant, non sunt tamen contractus. *l.6. de pact.* Si quis a priori differentiam inter Contractum atque pactum scire velit, ea hæc est: Omnis Conventio habens proprium & legitimum nomen vel *causam*, id est dationem aut factum, ea Contractus est. Quæ vero neque certum nomen habet neque in effectum cœpit deduci aliqua datione vel facto, hæc est pactum. Ex. gr. Dabo tibi centum ut servum manumittis, hoc est pactum; quia nec certi nominis est hæc conventio, neque datio vel factum adhuc intercessit: at hoc negotium, do tibi, & mox numero, jam contractus est; vel cum tu manumisisti, statim contractus est; antea finibus nudi placiti stabat. *l. 27. C. de Locat. & Cond.* Conventiones quæ speciale & certum habent nomen, contractus nominati vocantur, ut emptio, venditio, locatio, conductio, mandatum, societas, mutuum, commodatum, depositum aliique. Quæ nomine Legitimo carent, datione tamen aut facto ab alterutra parte impletæ sunt, vocantur Innominati Contractus; quos per *περίφρασιν* seu *circumlocutionem* designamus; quales vulgo quatuor numerantur, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, de quibus alibi dicendum. Ex omnibus illis una datur actio, præscriptis verbis, de qua similiter locus erit alibi. Miretur merito quis, harum specierum differentias peti a nominibus, quod in reali & morali disciplina absurdum videatur. Sed sciendum, nomina nihil esse quam notas & signa differentiarum, quæ revera aliunde sunt petendæ. Nempe quoniam aliqui contractus necessarium & frequentem in civili societate usum habebant, ideo determinatam certamque legibus naturam, certas in foro agendi formulas, assiduoque hominum usu certa nomina acceperunt; quibus enunciatis, quia statim quilibet vim atque effectum eorum intelligebat, a nominibus quoque nuncupari cœperunt. Sed reliqui cum essent rariores minusque necessarii, operæ pretium JCti vix putarunt, peculiares certosque præscribere terminos aut ordinarias & solennes actionum dare formulas; adeoque neglectim sunt habiti, ut ne appellationibus quidem specificis distincti fuerint. Hæc est differentia & ejus ratio, Scilicet usus & utilitas frequens aut infrequens. Illa facit ut nominati contractus sint certi, innominati magis incerti, unde actio præscriptis verbis incerta dicitur. *l.6. C. de rer. permut.* Hinc nulla inde certa petitio, sed in id quod interest agi solet. *l. 7. de præs. verb.* Huic quoque incertitudini tribuo, quod innominati contractus pœnitentia retractari possunt ab eo, qui a sua parte conventum implevit, antequam alter vicissim impleverit. *l. 5. in pr. §. 1. & 2. de condict. caus. dat. c. n. sec.* Est & alia quasi-divisio contractuum, qua dicuntur aut veri esse aut quasi-contractus. *§. ult. h. t.* Veri sunt, qui expresso consensu ineuntur. Quasi-contractus, qui sine conventione pariunt obligationem, de quibus *infra* dicemus. Veri & nominati contractus rursum abeunt in quatuor species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. *§. ult. h. t.* Si quis roget cur non omnes contractus, quia sunt conventiones, dicantur iniri *consensu*, huic primo sciendum, plane omnes consensu mutuo contrahi, sed quosdam solo nudoque perfici consensu, alios præter consensum aliud quid requirere, interventum rei, conceptionem verborum, aut literas.

TIT. XV.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

I. Transitus, & definitio mutui explicata. II. Et quod mutuum sit alienatio. III. Quo effectu mutuum Re contrahatur. IV. In mutuo non posse convenire uti plus reddatur quam est acceptum. V. De actione ex mutuo, & regula de actionibus aliorum contractuum. VI. De condictione indebiti. VII. Commodati definitio. VIII. Differentiæ inter commodatum & alios contractus. IX. Actio exinde. X. Depositi definitio explicata, & an rei immobilis sit depositum. XI. Divisio depositi. XII. De præstatione depositarii. XIII. Pignus quid, & quam culpam creditor in pignore præstet &c.

(a) Contractus tam veri quam quasi tales, de quibus in loco dicemus, tam nominati quam innominati, novissime in quatuor, inquam, species dividuntur; aut enim re, aut verbis, aut literis, aut solo consensu ineuntur. Qui re contrahuntur, id est traditione rei ipsius

(a) *Pos. 1. & seqq.*

Digitized by Google

fius, funt quatuor; mutuum, commodatum, depofitum, pignus. Mutuum dicimus effe, cum quantitas alicui datur ea lege, ut tantundem ejusdem generis & bonitatis reftituatur. Per quantitates intelligimus eas res, quæ pondere, numero, menfura conftant, ut funt oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata, æs, aurum, argentum, quarum rerum datione posfumus ire in creditum, id eft, mutuum contrahere, quia functionem recipiunt in fuo genere *per folutionem, quam fpecie*, verba funt Ulpiani in *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* (1) id eft, ut puto, quoniam res illæ talis funt naturæ, ut una alterius vice abfque ulla inæqualitate facile fingi poffit, idque magis per folutionem five præftationem ejus quod tantundem eft, quam redditionem ejusdem fpeciei. Talis promptitudo & æqualitas functionis in fuo genere vix unquam in corporibus reperitur, fed plerumque in fpecies five corpora cadit affectio & inæqualitas æftimationis; neque enim hic equus, hæc veftis, hoc poculum tam præcife æque bona funt, atque ifte equus, illa veftis, illud poculum. Quæ ratio docet, fi quidem & corpora dentur juxta pondus, numerum, menfuram, ita ut nulla inæqualitate diftinguantur, tunc nihil obeffe quare mutuum in illis confiftere nequeat; veluti cum tot panes certi ponderis & bonitatis reftituantur, aut pifces ad pondus numerumve, quod fit in halecibus tam falitis quam toftis, nec non afellis; & bibliopolæ in libris ejusdem editionis mutuum omni die exercent.

2. Quantitas *datur*; habet definitio, hoc eft, dominium ejus transfertur, *in hoc damus, ut accipientium fiant*, ait Imperator, *δάνειόν ἐςι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, mutuum eft, quo is qui accipit rem, ejus fit dominus*, ait Theophilus; unde etiam mutuum dicitur, quod ex meo fiat tuum, a quo non abludere Siculum *μοῖτον*, unde Varro, 4. *de L.L.* hanc vocem deducit, bene Grotius obfervat, *flor. fparf. ad hunc tit.* nam *μοῖτον* eft a *μοὶ* & *τὸν* pro *τεὸν tuum*. Siculos enim Græcos Doras fuiffe, fatis notum eft. Grotius *dicto loco* etymologiam Juftiniani effe *veram* affirmat; verius videtur, allufionum effe veritati proximam; grammatice autem derivari a *muto*, ut a divido *dividuus*, cernuus a *cerno*. Eft enim mutuum nihil quam mutatio quantitatis. (b) Si dominium rei mutuo datæ transfertur, confequens eft eam *alienari*, quod & diferte fcriptum eft in *l.* 16. & *l* 41. *de reb. cred.* cumque alienatio fit actus per quem dominium transfertur, *l. ult. inf. C. de fundo dot.* neceffarium dicta videtur, non tantum in mutuo fieri alienationem, fed mutuum effe quoque alienationem, quoniam eft actus per quem dominium transfertur. Subftantia ejus in hoc confiftit, ut res fiat accipientis, §. 2. *in pr. fupra. Quib. alien. licet vel non*, ubi pupillus negatur obligationem mutui contrahere, quia rem non facit accipientis. Ut is, qui accipit rem fiat dominus, *ὅρος ἐςὶ τοῦ δανείου, hæc definitio mutui eft*, inquit Theophilus in *d.* §. 2. Duæ res concurrunt ad fubftantiam mutui, alienatio & obligatio; alienatio corporis, obligatio generis feu quantitatis, *τοῦ* tantumdem: docet hoc idem Theophilus, *Ὅρος δανείου ἐςὶ*, inquit, *τὸ τὸν λαμβάνοντα γίνεσθαι δεσπότην, ἔνχι δὲ ἡμῖν ἔνοχον, οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλὰ εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποςάσεως ἢ ποσότητος. Definitio mutui in hoc confiftit, quod is, qui accipit rem fiat Dominus, fit autem nobis obligatus non ad eadem, fed alia ejusdem qualitatis & quantitatis*.

Ita facile fuftinebimus rationes Salmafianas, ut noviffime funt propofitæ a Bartholomæo Lectio, Jacobi nepote, Lugduni Bataviæ anno clɔ Iɔ CL. in differtatione habita, præfide Viro Cl. Bernardo Schotano. *Mutuum*, ait, *confiftere in rebus fungibilibus, quæ ut quantitas non ut fpecies confiderantur. Ergo, fi quidem in fola quantitate mutuum confiftit, dicimus, quod de illa quantitate non fiat alienatio.* Res fungibiles five quantitates in quibus mutuum confiftit, duplici modo confiderantur, fubjective, inquam, & abftracte, (ignofce terminis prope nimis fcholafticis, fi modo explicent) hoc eft *v. g.* Centum aurei, ut *contrectantur καταβάλλονται*, aut ut animo concipiuntur. Utroque fenfu pertinent ad fubftantiam mutui; Sed ut fubjective, five materialiter fumuntur, ita alienatio earum eft de effentia mutui, verum ut abftrahuntur, ita concedimus non effe alienationem; quoniam hoc fenfu termini habiles alienationis defunt, quæftioque ftulta eft, an dici poffit alienari quod dominium nullo modo recipit. Sed fi digna res eft difputatione de quantitatibus, id eft fpeciebus quantis, inquirendum eft an alienentur; hoc affirmamus, alterum ineptum putamus. Tu negare non potes, mutuum in hoc quoque confiftere, ut illa fpecies,

(b) *Pof.* 5. 6.

(1) *Vide ad hanc* l. 2. §. 1. de reb. cred. *Bynkershoek obferv.* lib. 1. cap. 10.

Digitized by Google

cies, quæ traditur, ex mea fiat tua, proindeut alienetur. Unde necesse est, in mutuo fieri alienationem, imo ipsum mutuum esse alienationem, quia re, id est ipsa traditione perficitur. Si plus sit in mutuo, non refragamur; sufficit hoc, non esse alienum a natura mutui ut in mutuo alienatio fieri dicatur. Pluribus controversiæ integris libris agitatæ non immorabimur, sat certi sententiam Salmasii, ut ab adversariis excepta fuit, ipso fatente, falsam, ut ab autore dein exposita est, ita Logicastro quam JCto fuisse digniorem. Quis enim sani homo sensus quantitatem, id est summam in genere, dicat alienari: cum de illa transferenda nihil actum aut cogitatum sit; quæ hactenus tantum in conventione fuit, ut esset mensura ejus quod accipiens reddere deberet?

3. (c) Mutuum est demum, quando res *datur*, solaque conventione non consistit, etsi stipulatio accedat. Hinc, qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet ne accipiendo se ei obstringat, *l.* 30. *de reb. cred.* est enim stipulatio inefficax, si quidem causa destituatur. *l.* 2. §. 3. *de doli mali & met. except.* Conventioni tamen fictione brevis manus adjecta, mutuum constitui posse, pridem ostendimus. Præterea dictum est in dennitione, ea lege dari mutuum, ut *tantundem* restituatur. Tantundem reddi nequit nisi res sit ejusdem naturæ & qualitatis, ut in *prin. h. t.* habetur, adeoque in eadem bonitate, *l.* 3. *de reb. cred.* non igitur vinum pro frumento, nec Gallicum pro Rhenano, neque pro vetere novum. *d. l.* 3. Si contingat rem non reddi, vel reddi non posse in eadem bonitate, judicem id quod interest oportet æstimare. *l.* 22. *eod.*

SCHOLIUM.

Cujus explicationem vide apud Struv. XVI. 36. *& latius apud Wissenb.* d. l. th. 10. 11. 12. 13. *Non est hodie, inquit Cujacius, vel Judex, vel Patronus, vel JCtus, qui non hæreat maneatque suspensus, quoties tractatur de hac re. Tu ergo nota observantias judiciorum ubi degis.*

RESPONSIO.

Hac de re dicenda reservamus ad tit. ff. de Condict. tritic.

Quæri hic solet; mutato valore nummorum, utrius hoc commodum aut detrimentum sit, ac utrius temporis ratio crediti accepti, an restitutii habeatur. Dicendum, reddi a debitore summam mutuo datam, eamque confici ea nummorum æstimatione, quæ tunc est quando solvit; * creditori satisfit si tantundem, id est eandem quantitatem accipiat; Proinde mutationem publicæ æstimationis nihil ad creditorem, sed ad debitorem duntaxat pertinere. Sed aliter obtinet, cum de certa specie monetæ est actum, dictumque ut eadem moneta creditum reddatur, tunc totidem ejusdem speciei nummos, quot accepit, mutuatarius reddere debet, quanquam valor eorum fuit mutatus; perinde ac si vini aut frumenti pretium fuerit mutatum (vid. Molin. tract. de Usur. *num.* 754. *& præced.*) quia si creditor eundem sibi valorem exacte reddi voluisset, quantitatem sive summam, non easdem monetæ species stipulari debuerat; cui accedit, quod ut plurimum, crescente æstimatione nummorum vel decrescente, pariter crescant & decrescant pretia rerum, nisi forte in mutatione prægrandi temperamento sit locus, ne creditor in damnum incidat, *l.* 99. *de solution.* MOLINÆUS *tract. de usur. n.* 747. (2)

Occurrit hic tamen jucunda nec omittenda quæstio. Victus & condemnatus in impensas litis, ad 30. *libras taxatis, minutissimam & rarissimam conquisivit monetam, & solutionem obtulit in parvulis denariis Parisiensibus & Turonensibus. Creditor recusavit, offerens recipere in aureis vel solidis duodenariis aut simili non adeo contemptibili pecunia. Per sententiam præsidis Parisiensis dictum, quod creditor teneretur recipere: appellavit ad senatum, ubi (ut in talibus recte & laudabiliter fieri solet) consulti & aditi præfecti monetales, censebant male judicatum.* * *Dicebant enim primo, hanc minutissimam*

(c) *Pos.* 7. *& seqq.*

(2) *Videsis Corn. van Bynkershork observ.* lib. 1. cap. 9. *ubi defendit Florentinam lectionem L.* 99. *de solut.*

* Apud nos solutionem, in ea bonitate & extrinseca & intrinseca pecuniæ, quæ fuit tempore contractus initi, fieri jubet *Const. Fl.* 21. *P.* 2. ibique Carpz. *def.* 4. *&* 5. Conf. *Chursl. Sachs Muntz-Mandat* de an. 1622. §. *ob wir nun aber-Wahl. Corp. J. S. p.* 646. *& de an.* 1656. §. *und so viel erstl.* C. J. S. *p.* 762. *seq.* sive melior, sive deterior sit moneta tempore solutionis excusa *Id. l. c. def.* 8. mora tamen debitoris nocet ei, quicquid postea supervenerit damni creditori, *d. const.* 28. Debitor vero propter moram non cogitur in meliore moneta, quam fuit tempore contractus, solvere, Carpz. *d. l. d.* 15.

** Hinc non tantum Edictum Monet. Ferdinand. *d. An.* 2519. §. 11. in summa, licet magna, Creditorem non teneri ultra 25. aureos solutionem in pecunia 5. crucigeris minore accipere, cavit. vid. *Tabb. ff. tit. de solut. p.* 606. Sed & Ordinat. Cambialis Lips. §. 22. docet solutionem Cambii fieri non debere in moneta, *so unter einem Keyser-Gr. als* 8. *Pf.* 6. *Pf.* 4 *Pf. Bremmer*, 3. *Pf.* 2. *Pf. u. dergl.* §. hic. Ord. Camb. postea *an.* 1685. *speciali rescripto* ita declaratus fuit, *das kein Kaufman in Wechsel Zahlung. dergl. Muntz-Sorten, so am Werth unter* 4. *Gr. seynd, in* 100. *thl. mehr. als vor* 20. *bis* 25. *Rthl. wider seinen Willen anzunehmen schuldig seyn solle.* vid. Jo. Chr. Konigk. *Leipz. Wechsel-Ordn.* p. 62. & 136.

Digitized by Google

fimam monetam nigram denariorum parvorum, five Parifienfium five Turonenfium, non effe factam ad commercia exercenda, & folvenda debita, fed folum ad commutandum majores nummos, vel fupplendum quod excurrit, ut in l. 26. §. 2. depofit. *quando minutum aliquid addendum vel detrahendum eft fummæ vel pretio. Secundo dicebant, monetam hanc nigram fere omnino effe æream, nimifque ponderofam & onerofam in magnis fummis. Sed certe primum juris eft, excedens artem monetalem, & falfum eft; cum enim hæc minutiffima moneta, quantumcumque viliffima fit, publice ad formam & definitionem publicam facta & approbata fit, eft vera & proba moneta; igitur in ea folutio fieri poteft, five in parva, five in magna fumma, cum debitor non fit obligatus ad aliam certam fpeciem monetæ, fed ad quantitatem in genere.* fic has rationes refutat Molinæus, haud tamen ita, ut mihi fpernendæ videantur; faltem ut temperamento locus effe videatur, *videat judex, ne malitiis indulgeatur*, quod tamen nec Molinæus admittit, ita pergens, *qua femel oblata in quacunque proba, non reprobata moneta, licet rara & minus frequenti (ut funt denarii Parifienfes) debitor obtulit quod debet; nec ad rem pertinet quod debitor ex indignatione hanc minutiffimam monetam conquifierit; ex quo enim eam habet & de ea folvi poteft, quid ad rem de origine? Imo fi peccavit debitor dicta indignatione, magis peccat creditor, qui eft in ultima mora & culpa, dedignando & averfando probam & legitimam monetam: & ita tandem recte prudenterque pronunciavit fupremus nofter Senatus bene judicatum.* Alius forte aliter.

4. (d) Ex eo quod *tantundem* in mutuo reddendum, bene colligitur, poffe quidem convenire, minus ut reddatur, quam eft acceptum, ut vero plus reddatur, convenire non poffe; fcil. eo quod plus eft, etiam quod minus eft continetur, & cui licet tantundem ftipulari, *ei non debet, quod minus eft, non licere* ftipulari. *l.* 21. *de. R.J.* Quare *fi tibi dedero decem fic ut* mihi *novem debeas, non amplius ipfo jure quam novem debebis: fed fi dedero decem ut undecim debeas, amplius quam decem condici non poteft. l. rogafti.* 11. §. 1. *de reb. cred.* Neque dixeris, undecimum nummum videri donatum, eo quod donatio jure Codicis pacto fimplici perpetrari poteft, *l.* 35. §. 5. *C. de Donat.* nam hoc ita verum fuerit, fi contrahentes id egiffe liqueat, ut liberalitas ab eo, qui promifit exerceretur; at in mutuo liberalitas a parte dantis potius intelligitur, cum ejus refpectu contractus fua natura fit beneficus: ideoque nulla caufa eft donationem heic fupponendi, quæ nunquam in dubio, inprimis ubi palam aliud negotium geritur, folet præfumi, ac ita recte Donellus *comment. ad d. l.* 11. (3) Probabilior eft conjectura, quod partes per undecimum nummum in illa fpecie locum ufuræ implere voluerint, poftquam ufu rerum hominumque receptum eft, uti raro in creditum fine ufuris eatur. Tamen id faltem requiritur, ut merces illa pecuniæ creditæ feorfim a forte memoretur; alioqui non eft adhuc ita fubacta contractus hujus natura, quæ eft gratuita, ut fi nihil quam fimplices mutui termini exprimantur, inde ufura ftabiliatur. Nam jure civili pecuniæ fœnebris ufuræ citra vinculum ftipulationis peti non poffunt. *l.* 3. *C. de Ufur.* Denique nec ideo, quod moribus hodiernis pactum ftipulationi æquiparetur, aliud de hac quæftione ftatuendum: Nam pactum illud ufurarium adhuc feparata conventione explicatur, *d. l.* 3. nec aliter mores ab jure difcrepant, quam quod folennitas, qua ftipulatio conftabat, hodie fublata eft, ut inferius tradermus.

S C H O L I U M.

Videmus tamen in praxi id quotidie fieri a mercatoribus in literis cambialibus. Sed hæ literæ cambiales contractui chirographario propiores funt quam Mutuo.

Quid fi mutuo, quemadmodum fit, ftipulatio fubjiciatur, qua debitor fe pro decem redditurum fpondeat undecim, an tunc, quia nummus undecimus ftipulatione a mutuo feparata continetur, auctarium illud peti poteft? Ne tum quidem, nam mutuum & ftipulatio pecuniæ reddendæ non funt diverfi contractus. Ita enim Ulpianus in *l.* 6. §. 1. *de Novation. Cum pecuniam mutuam dedit quis fine ftipulatione & ex continenti fecit ftipulationem, unus contractus eft*, adde *l. feq.* Idem erit dicendum, etfi antea ftipulatio facta, non pecunia numerata fit; adeoque non tam re, quam verbis obligatio contrahitur & numeratio vix aliter quam implendæ ftipulationis gratia fieri intelligitur. *l.* 7. *eod. tit.* Hæc obfervatio non modo ad ufum hu-

(d) *Pof.* 7.

(3) *Vide tamen ad* d. l. 11. §. 1. de reb. cred. *Noodt de pactis & tranfact.* cap. 11. *qui hanc exponit de pacto in continenti contractui mutui adjecto. Quam interpretationem impugnare conatur Corn. van Bynkershoek in differtat. de pactis juris ftricti contractibus in continenti adjectis.* cap. 5.

hujus quæstionis, sed ad universam mutui naturam pertinet, maximeque ad ingenium actionis, quæ ex mutuo datur noscendum, de qua proinde paucis dicendum.

5. Dictum est *supra*, quod obligatio sit mater actionis, scilicet in personam: obligationis causæ sunt contractus & delictum. Contractus vel utrinque vel ab alterutra parte pariunt actionem. Ab una parte mutuum & stipulatio. Qui ab utraque, hi vel utrinque directam, vel ab una parte directam, ab altera contrariam producunt. Directa utrinque nascitur ex iis contractibus ubi par fere singulorum est onus & præstatio. Verum ubi alter magis & prolixius obligatur, ibi hic quidem directa, alter, qui minus habet præstandum, actione contraria convenitur. Emptor & venditor, Locator & conductor, denique socii, pari fere modo obligantur; sed qui commodatum, pignus, depositum, mandatum suscepit, longe gravius ac is, qui dedit & commisit illa negotia tenetur. (4) Hæc in loco applicabimus. Mutuum, ut diximus, uni tantum parti imprimit obligationem, scilicet ei qui accepit; nam qui dedit mutuum, nihil habet præstandum. (e) Tenetur autem is, qui accepit condictione certi, quæ competit ex omni debito, quod est certum & determinatum, *l. 9. pr. de reb. cred.* cum enim hoc mutuo examussim congrueret minus e re visum fuit novam mutui actionem comminisci, tametsi ex aliis contractibus actio fere cognominis oriri soleat.

SCHOLIUM.

Puto esse condictionem sine causa. cum Struv. XVI. 15.

RESPONSIO.

Condictio sine causa nullo modo convenire potest ubi causa validissima est repetendi, quod mutuum dederis. Struvius *eam dat, ubi mutuum non consistit ab initio.* d. n. 15. & 16.

N. ADDIT.

Refutat Autor quod non dixeram: Dum enim Scholia mea hic in prælectionibus pro lubitu applicat, sæpius ad alia sua dicta, quam quibus adjecta erant in positionibus, non potuit non aliena mens mihi aliquoties affingi. Ita enim dixerat Autor in positionibus ad tit. ff. de reb. cred. Actio ex mutuo vocatur condictio certi triplici respectu: I. Quatenus re contractum & numeratio facta est. II. Quatenus stipulatio ad reddendum numerationi adjecta est &c. tum condictio certi nascitur ex stipulatione. III. Datur condictio certi, ubi nec stipulatio nec mutuum est, eo quod vel Dominus non fuit is, qui dedit, vel jus alienandi non habuit, tum ex consumptione bona fide facta nascitur condictio. Hoc satis constat, EAM certi condictionem, non specialem ex mutuo, sed eandem esse quæ datur ex omni contractu unde certum debetur. *Atque his ultimis verbis Autoris adjectum erat Scholium nostrum. Ex quibus satis apparet, & me, & Struvium & Autorem loqui de casu, ubi mutuum non consistit ab initio; hic vero Scholium meum diversæ plane Autoris doctrinæ non optima fide fuisse adjectum.*

Proinde cum stipulatio mutui reddendi interposita est, tum hæc eadem condictio certi datur; at non tam e mutuo, quam ex stipulatu *l. 24. d. tit. de reb. cred.* ut modo probavimus ex *l. 6. §. 1. & l. 7. de novat.*

SCHOLIUM.

Dicunt equidem hi textus, contractum mutui & stipulationem esse unum contractum, non vero dicunt, quod condictio certi tum nascatur ex stipulatione. Provocat Noster ad l. 24. ff. de reb. cred. *Sed ibi Ulpianus, nisi egregie fallor, contrarium, & quod tum condictio ex stipulatu non detur asserit. Hodie quæstio parum usus habet, quia hodie nomen actionis nec necesse est, ut exprimatur in libello, nec inepte expressum libellum vitiat, modo reliqua recte se habeant.*

RESPONSIO.

Si actio non ex stipulatione nascitur, quid sibi volunt igitur hæc verba d. l. 7. Non puto obligationem numeratione nasci ...., quia id agitur ut sola stipulatio teneat? *Actio non potest non sequi obligationem. Legis 24. Verba hæc sunt;* Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet; sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur. *Atqui hæc condictitia certi est etiam ex stipulatione, sed non dicitur* ex stipulatu, *quia receptum est, ut hoc nomen distinctionis causa usurpetur, ubi res incerta promissa fuerit,* τεχνικῶς: *sed* φυσικῶς *& vere, utraque est omnino ex stipulatione,* pr. I. de verb. obl. *quod nescio, qui Scholiasten fefellerit, ut heic condictitiam certi negaret ex stipulatione dari actionem. Quod ad usum attinet hodiernum, in libello, fateor, parum interest ex stipulatione an numeratione agere*

(e) *Pos.* 12.

(4) *Eleganter quoque hæc exponit Hein. in elem. jur. ad instit.* §. DCCLXXXII. *ubi tradit hos regulas: si uterque statim obligatur, utrimque detur actio directa. Si unus initio, alter ex post facto demum obligatur, contra illum* directa, *contra hunc contraria actio detur,* l. 17. §. 1. & 2. l. 18. §. 2. l. penult. ff. commod.

Digitized by Google

re te dicas. Sed hæc Quæstio pendet ex origine contractus & ejus conceptione; Si quis fateatur in instrumento Mutui se accepisse decem & promittat undecim redditurum, non expressa causa usurarum, an nummus undecimus debeatur? Ego non puto, rationibus supra deductis; etsi, quid Scabinis nostratibus videretur, adfirmare non habeo. Scimus, praxin fori sæpe magis æquitate cerebrina quam natura negotii institisque rationibus regi. De hac actione nonnihil ad tit. ff. de Reb. Cred. *supererit dicendum.*

N. Addit.

Assentior in omnibus Autori. Adeoque jam ferre possum, ut Scholium istud plane expugnatur.

6. Similis ei est condictio indebiti, quæ datur ad repetendum id, quod solutum est & non debebatur; *perinde enim ei condici potest, si adparet eum dare oportere, ac si mutuum accepisset*, ait Imp. in §. 1. *h. t.* Verba, *si adparet eum dare oportere*, pertinent ad formulam, quæ a prætore Judicibus præscribi solebat in condictionibus, qua de re *ad* §. 14. *infra de action.* Quin etiam Cajus in *l.* 5. §. 3. *de O. & A.* eum, *qui non debitum accipit per errorem solventis, quasi ex mutui datione obligari & eadem actione teneri, qua debitores creditoribus*, scribit. Quod tamen ita intelligendum, si facta sit indebiti solutio in rebus quæ pondere, numero & mensura constant, quam speciem ideo Cujacius *parat. C. de cond. indeb.* eleganter *promutuum* vocat. Nam aliis rebus indebite solutis, res loquitur, eidem actioni, quæ mutuo applicatur, non esse locum; sed tunc in promptu est indebiti Condictio, quæ hac gratia reperta est. Cæterum & Justinianus *hoc* §. 1. & Cajus *d. l.* 5. §. 3. recte monent, solutionem indebiti non esse contractum, sed magis distractum, quia mens solventis ea fuit, se vere quod solvit debere, proinde se obligationem peremturum; nisi quis dicere velit, tacitum subesse consensum, quo is, qui accipiebat & qui solvebat pecuniam, intelligebat esse reddendum quod daretur, si postea non deberi constaret, qua de re in *tit. de quasi contract.* ubi propria sedes hujusce Condictionis est; pene ut hæc pro fugitiva paragraphe, quemadmodum Cujacius loquitur, habenda videatur. Nisi hoc unum libeat heic collocare, quod pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, nihilo magis indebiti condictione quam mutui datione teneatur; nisi quatenus, ut de mutuo perinde alias dictum est, e pecunia soluta adhuc est locupletior. *l.* 13. §. 1. *de cond. indeb.*

7. (f) Secundus igitur Contractus realis est COMMODATUM, quo certa species sive res non fungibilis datur alicui utenda gratis ad certum finem, modum, ac tempus, ea lege, ut finito usu in eadem specie restituatur. §. 2. *h. t.*

Mobiles an immobiles sint res quoad commodatum nihil interest, *l.* 1. §. 1. *commod.* ubi & res incorporales; sed hæ improprie commodantur, ideoque præscriptis verbis de illis agitur magis quam commodati. *l.* 17. *in pr. de præscr. verb.* Definitio satis indicat in quibus a mutuo differat commodatum. Nam hic species datur, id est certum corpus. *l.* 54. *d. V. O.* In Mutuo, quemadmodum vidimus, sunt quantitates duntaxat, sive res fungibiles. Mutuum transfert dominium, Commodatæ rei nil nisi usus transit. Hinc qui mutuum accepit, damnum casus fortuiti, quo forte quantitas mutuo data periit, sustinet, §. 2. *h.* quatenus res perit suo domino *l.* 9. *C. de pignor. act.* & quantitas in genere debita nunquam perire censetur. *l.* 11. *C. si cert. pet.* Hinc oritur ultimum discrimen, quod heic eadem res in specie reddenda sit, cum in mutuo tantundem reddatur, ut paulo ante diximus.

8. Verbo *gratis*, distinguitur commodatum a Locationibus rerum, vel a contractu facio ut des, vel facio ut facias. *d.* §. 2. *in fin.* Quod autem de certo fine, modo, tempore dicitur, id a Precario separat commodatum; quoniam illud ad preces utentis, quamdiu libet domino, conceditur. *l.* 1. *in pr. de precar.* Dixi, materiam commodati consistere in speciebus, hoc est, in rebus corporalibus tam mobilibus quam immobilibus, *l.* 1. §. 1. *commodati* forte etiam in rebus incorporalibus veluti habitatione, *d.* §. 1. *in fin.* quod tamen improprie monuimus intelligendum esse ex *l.* 17. *pr. de præsc. verb.* Quin etiam res sua natura fungibiles dari possunt, quando sub lege reddendi in specie dantur, uti fit in *l.* 3. §. *ult.* & *l.* 4. *commod.* ubi verba, *dicis gratia*, δίκης ἕνεκα, significant, ad solennitatem juris implendam posse aliquando pecuniam commodari, ut eadem corpora nummorum restituantur, quemadmodum hodie fit apud nos, in exercendo jure retractus, ubi sæpius emptori primo in speciem juris implendi pretium offertur, quod non recipitur. Nummi quoque veteres contemplandi non expendendi causa recte commodari dicuntur. *arg. l.* 28. *de usufr.*

9. (g) Actio commodati est vel directa vel con-

(f) *Pos.* 13. *& seqq.* (g) *Pos.* 19. *& seqq.*

Digitized by Google

contraria; ut indicat Rubrica *D. Commodati vel contra*. Nam alter contrahentium evidenter prolixius obligatur, is videlicet, qui rem accepit utendam; Tenetur enim ad rem non modo restituendam, sed & omne damnum rei præstandum, quod ex culpa etiam levissima contigerit, ut Imp. exponit hoc §. 2. *l.* 18. *Commod.* Locus hic est, quo doctrina de præstatione culpæ, generali regula collocanda est. Quid & quotuplex sit culpa, dictum in *tit. de suspect. tutor.* Sed contractus vel ineuntur in utriusque commodum, vel in alterutrius utilitatem duntaxat. Qui utriusque partis utilitatem continent, mediocri diligentia contenti sunt, levemque culpam recipiunt; qui unius saltem commodum spectant, hi vel continent utilitatem ejus, qui de damno queritur, vel in ejus gratiam initi fuere, qui damnum fecit. Priore casu nil nisi lata culpa præstatur, posteriore levissima; quemadmodum traditur in *l.* 5. §. 2. *Commodati.* Exempla & exceptiones suo tempore & loco nobis occurrent. Casus fortuiti in nullo contractu præstantur, *l.*23. *in fin. de R.J.* nisi aliter convenerit. *d.l.* 23. *& d. l.* 5. §. 2. *l.* 1. §. 35. *depos.* Præsens regula de commodato ita sese habet, plerumque in hoc contractu versatur utilitas solius commodatarii, *d.l.* 5. §. 2. *in fin.* potest tamen fieri ut in utriusque commodum, imo in solius commodantis gratiam commodatum celebretur, ut est in *d. l.* 5. §. 10. *l.* 18. *eod.* ubi exempla; Communes amicos communi causa nostra tu convivas excepisti, Ego argentum tibi commodavi, est in utriusque gratiam. Aliud; Prætor ludos editurus scenicis ornamenta commodavit; vel doctori librum tibi explicandum commodasti: Est solius commodantis gratia, nec aliud quam priori exemplo levis, posterioribus lata culpa præstabitur. *d.l. ll.*

Est igitur actio directa, qua commodans, usu rei de quo convenerat finito, rem commodatam repetit, cum eo quod interest sua; nam ante finitum usum repetendi jus non habet, quod enim primo fuit voluntaris, mox necessitatis est factum; uti pulchre docet Paulus in *l.* 17. § 3. *d. t.* Id quod interest peti potest ratione culpæ, non quotiescumque res deterior est facta, veluti ætate, vel morbo, *d. l.* 5. §. 4. vel diminutione facta per usum rei solitum & in quem commodata erat, *l.* 10. *in pr. eod.* sed pro culpa, inquam, ubi quis re non sit usus boni viri arbitratu. Actio contraria datur Commodatario ad repetendum id, quod sua forsitan interest, veluti ob impensas extra ordinem in rem factas; nam ordinarii sumptus, qui secundum cujusque rei naturam requiruntur, & sine quibus earum usus haberi nequit, a commodatario sunt præstandi, nec ab illo repeti possunt. *l.* 18. §. 2 *eod.* Potest autem hæc actio contraria vel opponi directæ per modum mutuæ petitionis, quam vocant Reconventionem, vel per compensationem, quæ fit ipso jure. *d. l.* 18. §. *ult.* Denique, separato quoque Judicio sine principali actione quæ directa est; nam potest fieri, ut dominus rei nihil habeat petendum, commodatarius autem majores impensas in rem facere sit coactus. *d.l.* 17. §. 1.

10. (h) Tertius qui re initur contractus est DEPOSITUM, quo res mobilis datur alicui custodienda gratis, sub fide eandem quovis tempore restituendi. §. 3. *h. l.* 1. *Depositi.* Rerum mobilium duntaxat esse depositum, non modo ex usu & significatione Verbi, sed & inde liquet inprimis, quod nullum toto jure immobilis rei depositæ exemplum nec ulla mentio reperitur; quod profecto non minus heic fieret, quam est factum de commodato, quod vidimus, quia saltem non erat minor ratio dubitandi in deposito quam erat illic. Tamen ratio vix constare videtur, quare, cum mobilis rei custodia sit depositum, quod doli præstationem duntaxat recipit, immobilium rerum similis custodia mandatum esse dicatur; in quam speciem omnino caderet; hoc enim enorme videtur, ut qualitas rerum in movendo aut non movendo consistens, tanti momenti inferat diversitatem. Sed dici potest, non hoc solum interesse; Nam mandati naturam constat esse hujusmodi, ut mandatarius factum recipiat, non æque depositarius; nam si hic ad factum curandum esset obligatus, fides flagitaret, ut etiam aliquid culpæ sustineret. Verum ille nihil recipere intelligitur, quam ut res, quoad in ipso sit, in eo loco situque remaneat atque conservetur, in quo Dominus eam credere voluit, a quo si minus recte collocata sit, habet quod suæ imputet temeritati. §. 3. *h. t.* Ubi vero plus exigitur & cum primum aliquid facti accedit, depositi terminos excedi intelligimus; quemadmodum fit, si quis te roget ut rem suam ab aliquo receptam custodias; hoc enim continuo incidit in mandati speciem. *l.* 1. § 13. *eod. tit.* Sic etiam, qui rem immobilem suscipit custodiendam, necessario ad aliquam facti curam sese

(h) *Pos.* 28. *& seqq.*

sese obligare videtur: scit enim usu venturum, uti sæpe se conferat in locum, oculis, pedibus manibusque in rem fit intentus: ut manifestum fit, eum plus tacite promisisse videri, quam qui rem mobilem patitur inter suas res deponi; siquidem is nihil aliud pollicetur, quam per se non fore, quominus res integra & illæsa recuperari possit. Imo ne quidem sequestrationis rei immobilis exemplum adhuc nobis occurrit. Nam quod fructus viri boni custodiæ committuntur, ut est in *l.21. §. ult. de appell.* & *in l.5. C. Quor. appell. non recip.* quanquam hi textus vulgo ad probandam immobilium sequestrationem proferuntur, tamen nihil in illis extat ejusmodi. Nam fructus sunt res mobiles, & si forte prædium ipsum, de quo litigatur, tertio committatur, ea nusquam sequestratio dicitur, sed est locatio judicis officio facta, veluti in *l.22. §.8. solut. matrim.* tametsi non est diffitendum eam rem valde similem esse sequestrationi. (5)

11. Scilicet, depositum dividitur in duas species. Nam est vel depositum in specie vel sequestratio. Hæc est rei litigiosæ, de qua dicamus ad Pandectas, quia Justinianus hoc loco nullam ejus mentionem reliquit. Præterea Depositum est vel simplex vel miserabile, hoc quod incendii, tumultus, ruinæ, naufragii, fugæ causa deponitur, & habet hoc speciale, quod ex dolo & infitiatione propter enormitatem perfidiæ detur in duplum *d. l. 1. §. 1. Depos.* Cæterum Re contrahitur usque adeo depositum, ut quæ præter rem deposito cohærent, deposita non censeantur: veluti, si homo vestitus, equus frenatus deponatur, vestis, frenum pro depositis non habentur, *l. 1. §. 5. Depos.* quod secus in Commodato, ubi culpa, quæ in equo commodato præstatur, etiam in pullo matrem comitante præstatur, *l. 5. §. 9. ff. Commod.* adeo ubique id elucet, quod in commodo utilitas commodatarii prolixius eum devinciat, quam depositarium, qui nullo commodo fruitur. Custodia, quam præstat depositarius, est gratuita, quemadmodum definitio indicat; neque tamen fieri non potest, ut salarium, salva depositi natura, accedat. *l.2. §.24. de Vi bonor. raptor. l.5. §.2. Commod.* Denique docet definitio, Depositum quovis tempore esse reddendum, *l.1. C. depos.* etiamsi tempus certum, quo retineatur, sit adjectum, vel ut post mortem restituatur, quia talis pactio semper in gratiam & in arbitrium deponentis adjecta intelligitur, *l.1. §.45. & seq. depos.*

12. Hæc restitutio petitur actione directa depositi, quæ datur deponenti, quanquam is forte maleficus, prædo vel fur exsitat, nisi dominus, aut qui jus habet potius, superveniat vel depositario notus sit; tunc enim his faciendam restitutionem æquitas omnino flagitat, ut μάλα φιλοσοφικῶς docet Tryphoninus in *l.31. depos.* Debet autem res in eadem conditione restitui, qua deposita fuit, nam si deterior reddatur, quasi non reddita, agi potest depositi, quatenus scilicet dolus argui potest. *l.1. §.16. depos.* Sub dolo autem comprehendi culpam latam probavimus *tit. de susp. tut. n. 7.* ubi & limitatio, quam heic loci volumus repetitam; Scilicet, eum qui in suis rebus etiam fuit late negligens, in dolo esse non videri; quanquam & hic ipse textus ampliat id, quod dicitur; latam culpam pro dolo haberi. Nam & aliquando Levis culpa tanquam dolus punietur, si quis suas res mediocri diligentia servans, res depositas pari cura non sit complexus; nam is hoc ipso doli suspectus & ex deposito obligatus esse videtur. Nam qui ad suum modum curam in deposito non præstat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem depositis quam suis rebus diligentiam præstabit, ait Celsus *in l.32. depos.* Levis etiam culpa præstatur, si pretium acceperit Depositarius: ne dicas mercedem, quæ vox convenit locationi conductioni, *l.1. §.24. de vi bon rapt.* imo & levissimam, si depositarius sese obtulerit, *l.1. §.35. Depos.* ubi casus etiam fortuitus ex conventione præstatur, adde *d. l. 1. §. 6.* Cæterum, si res deterior reddatur, adhuc directa competit, ac si plane reddita non fuisset, *l.1. §.16. Depos.* idem de commodato traditur in *l. 3. §. 1. Commod.* quod tamen in id, quod interest resolvitur; ne putes dominum plane haud cogi rem accipere: forte ita, si res ad usum prorsus inepta sit reddita. vid. Wissenb. *ad tit. ff. commod. th.* 12. Denique contraria actio datur depositario ad repetendas impensas, etiam modicas, velut cibaria, *l.23. depos.* quia depositarius non habet usum rei, ut commodatarius, quem diximus antea sumptus ordinarios pro usu rei, quem habet, facere solere atque debere.

13. (i) Quartus realis contractus est PIGNORATITIUS, qui agit de pignore, quod gene-

(i) *Pos. 38. & seqq.*

(5) *Etiam rei immobilis esse depositum, rationibus non spernendis adstruit Thomasius in scholiis ad positiones Auctoris, qui vide in parte 2. hujus operis ad tit. ff. depos. n. 1. quibus adde, si lubet, Hein. in not. ad Vinn. h. t. §. 2. n. 1. qui observat rei immobilis commendationem, modo mandatum, modo depositum esse.*

generaliter nihil est aliud, quam jus creditori in re debitoris constitutum pro securitate crediti; quam significationem latissimam, quæ ad modum varias continet species, alibi exequemur. Hoc loco Pignus est res mobilis tradita creditori, ut pro debito sit obligata in eum finem, ut si debitor non solvat, ex re pignorata solutio conficiatur. *l.* 9. §. 1. *de pignor. act.* §. 1. *supra Quib. alien. lic. vel non*. Proprie igitur Pignus est ipsa res pignorata; Contractus pignorationis simpliciter *pignus* haud facile dictum reperietur, nisi huc referas, quod in *l.* 35. *de reb. auctor. jud.* habetur, *contrahere pignus*, item cum res *pignori capi* dicuntur, *l.* 1. *C. si adverf. vend. pign.* quibus tamen id nec evincitur. Traditio distinguit pignus ab hypotheca, quæ est pignoratio rerum sine traditione, quam habebimus *in* §. 7. *infra de act.* cui adde *d. l.* 9. §. 1. Jam quæ res pignori possint & quæ non possint obligari & quæ præterea ad universam pignorum naturam pertinent, alibi nobis occurrent *adff.* Heic de actione pignoratitia agendum, quæ est vel directa vel contraria. Directa datur debitori adversus creditorem, cui est satisfactum, ut rem pignoratam restituat, cum eo, quod interest ob levem culpam. Datur scilicet quando satisfactum est creditori; satisfit autem non modo per solutionem modosque solutioni æquivalentes, *l.* 13. *Quib. mod. pig. vel hyp. solv.* sed generaliter hæc actio competit, quando creditor recedere voluit a pignore, licet in eo deceptus sit, *l.* 9. §. 3. *de pignor. act.* quotiescunque præterea pignoris obligatio soluta est, quod quibus modis fiat, alibi tradendum. Denique, non modo rem ipsam creditor, sed etiam id, quod interest debitoris, ob levem suam culpam restituere debet; quia enim utriusque utilitas in hoc contractu vertitur, palam est, nec infra, nec ultra mediocrem diligentiam eum, qui rem tenet, obligari, quod tanquam certi juris traditur in *l.* 5. §. 2. *de Commod.* quæ est Ulpiani. Importunus tamen est ejusdem locus in *l.* 13. §. 1. *de pignor. act. Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in Commodato, venit & custodia, vis major non venit.* * Ubi primo, *ut in commodato*, quod levissimam recipit; rursus, supra culpam *custodia*; denique sola *vis major* excluditur. Hæc omnia culpam omnem arguere videntur; non est tamen, ut Ulpianus in re quotidiana sibi contrarius fingatur. Comparatio cum commodato, cis terminos habiles & huic materiæ proprios restringenda. In *pignore venit & dolus & culpa*, sc. levis, quia vertitur heic utriusque utilitas, quemadmodum dixi, ait JCtus alibi, scilicet ubi de commodato locuti; Nam & illud, quando commodum utriusque partis continet, levis culpæ præstationem recipit. *d. l.* 5. §. 2. Neque enim mirari quis debet, commodatum utriusque gratia iniri, quando & in solius utilitatem commodantis dari potest, *d. l.* 5. §. 10. quemadmodum usu frequens est, pignus in gratiam solius creditoris dari, quoties ille jus crediti *ἄνευ δυνάμεως ἀναγκαστικῆς*, *sine coactiva agendi facultate* habet: Quo respectu aptissime ad sententiam *d. l.* 13. §. 1. dicitur in *commod. l.* 18. *in fine pr.* de commodato dum agitur, *ita ut culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis*, ait *Gajus*. Cæterum, custodia vel plena vel remissior est, quæ mediocri cura, imo fide bona contenta est, *l.* 2. §. 1. *de peric. & comm. rei vend. l.* 35. §. 4. *de contrah. empt.* & exclusionem casus fortuiti non includere culpam levissimam, patet ex *l.* 28. *C. Locati & l.* 4. *C. de Peric. tut.* adde Cujac. 19. *obs. c.* 24. Ita jacent tres illæ difficultates, quibus elegantissimi Vir ingenii Gerardus Noodt Antecessor Neomagensis, emendatione textus in *d. l.* 13. §. 1. sane quam ingeniosa, mederi voluit, pro, *ut in commodato*, legendo, *at* in commodato, *lib.* 1. *de jur. prob. c.* 4. quam ut laudamus, ita sequeremur, nisi juris religio vetaret ullas recipere emendationes sensum mutantes, non absolute necessarias. (6)

Contraria pignoratitia Creditori adversus debitorem datur, ut quicquid ipsius interest ei præstetur, velut necessariæ impensæ in rem factæ; *l.* 8. *pr. de pign. act.* aut si debitor rem alienam pro sua, vel aliis prius obligatam dederit: nisi hæc tanti sit pretii, ut facile utrique debito sufficiat, *l.* 9. *in pr.* & *l.* 32. *eod.* vel si in pignore dando æs pro auro subjecerit, *l.* 36. *eod.* quo tamen facto aurum, in quod consenserunt, obligatum est. *l.* 1. §. 1. *eod. tit.*

TIT.

(6) *Ita quoque Auctor eum textum exponit in Eunomia Romana ad d. l.* 13. §. 1. *de pignor. act. Cui adde Abrah. Wieling. lect. Jur. Civ.* lib. 1. cap. 7.

(*) Jus Saxonicum tamen Commune, pecudibus oppignoratis casu pereuntibus, Creditori Jus repetendi debitum denegat, *L. R. L.* 3. *art.* 5. *verf. ftirbt aber ein Pferd.* Coler. P. 1. d. 7. n. 29. Schultz. *Syn. Inst. h. t.* §. *fin. lit. f.* Moller. *ad P.* 2. *C. El.* 26. *n.* 2. Carpz. *ad eand. def.* 3. Sed Electoralis Constitutio 26. P. 2. hanc sententiam, tanquam æquitati naturali quodammodo contrariam, rejicit; Unde casualis pignoris interitus apud nos Debitori, non Creditori, nocebit. Carpz. *ad d. C. def.* 1.

TIT. XVI.

De Verborum Obligationibus.

I. Quid sit verborum obligatio & ex quo jure sit orta. II. Quid hodie inter pactum & stipulationem intersit. III. Stipulationum divisio, & effectus diei adjecti. IV. Obligationem tempore non finiri. V. Stipulationis conditionalis effectus. VI. De effectu actionis ex stipulatu. VII. Quid si agatur contra eum, qui fecit contra quam promiserat.

(a) TRanseamus ad obligationes quæ verbis contrahi dicuntur, cujus præcipua aut unica species est *Stipulatio*; quæ definitur solemnis verborum Conceptio, qua quis rogatus spondet se daturum aliquid esse vel facturum. *l.5.§.1.h.t.* Forma verborum, quæ exacte requiritur & ex qua oritur obligatio, *l.5.pr.d.t.* ejusmodi est: Darene spondes? Dare spondeo. Dare promittis.? Promitto. Visum fuit ita Romanis e pactionibus nudis, ut antehac diximus, non concedere vim obligandi; quia fortunis omnium civium parum bene consultum videretur, si ex qualibet promissione, sæpe inconsiderata, in foro convenire possent. Quæ ratio cum aliis pluribus, movit aliquos, ut ne quidem juri Gentium id esse consentaneum putarent, iis pactis, quæ non habent συνάλλαγμα, hoc est, *ultro citroque obligationem*, tribuere vim obligationis; sed rationes eorum refellit D. Grotius in *l.2.cap. 11.in gr.* idemque valide probat, ex omni promissione, facta cum clara significatione voluntatis de jure proprio in alterum conferendo, ex ratione juris nasci vim obligandi. *§.4.d cap. 11.* Unde liquet recte vulgo tradi, stipulationem esse contractum juris mere civilis. Etsi enim ipso jure Gentium consensio solenniter concepta utique etiam obliget, tamen nullus est eo jure contractus, cujus forma in conceptione verborum consistit. Ut conventiones jure Civili proditæ, juris Gentium, quod ad originem habeantur, necessum est, ut τὸ φυτιῶδες *materialis ejus essentia* rotunde sit eadem, quæ jure civitatis. Emptio venditio, Locatio Conductio, Societas, Mutuum, Depositum, Pignus omnesque juris mixti obligationes, utroque jure perinde noscuntur: stipulatio aliis populorum inaudita est. Non sufficit juri Naturæ non repugnare aliquem contractum, quo sit juris Gentium; sed quia hoc positivum est, eodem quoque receptus esse debet. Quamobrem in Pauli sententia acquiescamus, qui contractus naturales omniumque gentium non esse, qui verbis, sed qui consensu ineantur, docet in *l.1. Locati.* Hinc quod stipulatio quavis lingua possit concipi, *§.1.h.t.* ratio; licet a Cujacio vere mascula, joco an serio dicatur, inanis est, siquidem ab usu sermonis commercii causa, ad juris communionem nulla consecutio est.

2. Sed nonne Legislator ipse Romanus postea pacti & stipulationis sustulit differentiam, tollendo solennitatem verborum, in *l. 10. C de contrah. & committ. stipul.*? Dicendum, propius eum non plane ad jus Gentium accessisse. Nam Naturalis & juris Gentium ratio non modo verbis, sed & per Nuntium aut scriptura nos valide vult obligari. Sed Leges nostræ adhuc verba præcise & quidem congrua & eodem contextu prolata requirunt. *l.1.pr.§.1. & 2.l.137. in pr. de V. O.* Est & hoc discrimen, quod pactum sit ipsum negotium quod inter partes agitur, stipulatio autem a negotio contracto pendeat, *l 5.in pr.eod.tit.* quippe reperta, ut alias conventiones & tractatus firmaret ac quasi obsignaret, teste Paulo *lib.5 sent.tit.7. in pr.* quo pertinet, quod pactum per stipulationem effectum sumere dicitur in *l.45 de Pactis.* Nam hic pene solus fuit usus stipulationum: uti tractatus inter partes habitos conceptis verbis solenniter includerent, ut expeditum actionis effectum consequerentur. Neque enim primo congressu homines se verbis solenniter formatis aggrediebantur, sed promiscuis verbis conveniebant, conventaque stipulatione repetita mox confirmabant. Idque adeo in consuetudinem verterat, ut vix quicquam legitime conventum putarent, ni stipulatio subjiceretur, seu mutuum, seu venditio, sive societas aliusve contractus iniretur. *l. 71. pro soc. l. 88. d. solut.* Seneca 3. *de benef. c. 15. Utinam*, inquit, *nulla stipulatio emptorem venditori obligaret* &c. co-

(a) *Pos. 1. 2. 3. & seqq.*

Digitized by Google

eoque sensu Cujacius *ad l. 16. de V. O.* stipulationem vocat πανδέκτην. Mores hujus seculi ad simplicitatem memoratam juris gentium redierunt, adeoque pacta & stipulationes tam quod ad verba, quam quod ad effectus reales attinet, per omnia conveniunt; unde quicquid in capite de pactis & de verborum obligationibus reperitur, id omne, quod ad usum, conferri miscerique licet ac oportet.

3. (b) Veluti quod in §. 2. *h. t.* habetur, stipulationem aut pure aut in diem aut sub conditione contrahi. Pure, cum obligatio neque die neque conditione differtur; sed cum dies statim cedit & statim venit. Dies cedere dicitur, quando obligatio nascitur; Dies venit, quando peti potest cum effectu. *l.* 213. *de V. S.* Jam cum in diem confertur obligatio (sit hoc expresse vel tacite, ut quando locus adjicitur; nam tunc id tempus subintelligitur, quo ad locum istum perveniri queat, §. 5. *h. t.* ratione itineris civiliter æstimata *l.* 137. §. 2. *de V. O.*) dies cedit confestim, quia statim debetur. *d.* §. 2. *l.* 30. §. 16. & *l.* 46. *D. eod.* Cujus rei effectus nobilis est, quod is, qui in diem debet, si ante diem solverit, quamvis per errorem, solutum tamen repetere nequeat. *l.* 10. *de condict. indeb.* Similiter, quod in diem debetur, recipit novationem, *l.* 5. *de Novation.* & potest constitui. *l.* 3. §. *ult.* & *l.* 4. *de pecun. constit.* Tamen Ulpianus in *l.* 41. §. 1. *h. t.* diem adjectum efficere scribit, ne præsenti die pecunia debeatur, scilicet efficaciter ut peti possit, quod ante diem non posse fieri, adseveratum est. *l.* 42. *eod.* & *l.* 44. §. 1. *de O. & A.* Imo nec ipsa quidem die adjecta recte agitur ad petendum, sed postridie demum, quia labente adhuc die, creditor queri non potest, quod ad diem sibi non sit solutum, ita ut dies illa tota debitoris commodo relinquatur. *d.* §. 2. & *d. l.* 41. *pr.* Unde sequitur, debitorem favori temporis sibi indulti renunciare posse, creditorique, licet invito, ante diem solvere posse, *l.* 50. *de O. & A. l.* 70. *de Solut. d. l.* 137. §. 2. *de V. O.* nisi id actum esse appareat, ut dies creditoris commodo penderet, *l.* 17. *de R. J.* veluti, si quis vere bovem emerit in autumno tradendum & a Patrefamilias mactandum, ut fit. vid. *l.* 15. *de ann. leg. l.* 17. §. 3. *de usur.* Qui tamen ante diem agit, non agit nihil, sed male, *l. un. in fin. Quand. di. ususfr. leg. ced.* aliquando etiam recte, modo citra executionem. *l.* 1. *C. de sent. quæ sine cert. quant.* Sand. 1. 4. 3. ut cum jus futurum pendet a jure præsenti; veluti, cum res est vendita tribus pensionibus, die primæ pensionis elapsa, reliquas etiam petere licet, executione ad usque dies terminorum venientes dilata.

4. (c) Igitur dies nec inchoat neque tollit aut finit obligationem; sic enim est ratio Juris nostri, ad tempus non posse deberi, §. 3. *h. t.* adeo ut is, qui denos annuos quoad vivet dari stipulatus est, jus petendi denos quotannis ad heredem suum transmittat: qua in re differt a Legato annuo, quod morte legatarii finitur. *l.* 16. §. 1. *de V. O. l.* 11. *de Ann. leg.* Differentiæ ratio videtur, quia testator annuum in vicem alimenti destinare creditur, cujus ratio cum pecunia cessat; qui autem stipulatur, jus compendiumque suum absoluto spectat. Facultas, quæ plene perfecteque nobis competit, qualis est ea quæ ex contractu nascitur, non potest esse temporalis, quia tam plena atque perfecta esse desineret. Loquimur de ejusmodi contractibus, in quibus id agitur, ut aliquid juris perfecti ab altero in alterum transmittatur; Nam alioqui multos contractus temporali conventione constare manifestum est, ut commodatum, depositum, pignus, locatio & similes; verum in his nihil juris absoluti transferre volunt contrahentes. De prioribus igitur verum est, obligationem certis finitisque modis tolli; quos inter tempus non numeratur. *l.* 44. §. 1. *de O. A.* Inter Legatum atque stipulationem hoc quoque discrimen extat, quod stipulatio annui sit una atque ab origine duntaxat æstimetur, *l.* 16. §. 1. *de V. O.* annuum legatum sit multiplex singulisque annis novum Legatum censeatur. *l.* 11. *de ann. leg.* Tametsi vero subtilitas juris obligationem in perpetuum ultra tempus expressum producat, ratio tamen æquitatis manifesto retragatur. Ideoque is, qui post tempus petere pergit, exceptione pacti vel doli mali submovebitur. *d.* §. 3. *h. t. l.* 56. §. 4. *eod. tit.*

N. Addit.

Vere dixit Autor subtilitate juris obligationem ultra tempus expressum produci, & quidem addendum erat subtilitate juris parum proficua. Nam commodatum sane, depositum, locatio &c. temporali conventione constant, & obligatio ad legatum annuum præstandum extinguitur morte legatarii. Sunt quidem & responsiones, quibus ostenditur ratio disparitatis inter casus allatos, & casum theseos, qualis est illa, quam modo dedit Autor. Sed & hæ magis subtiles quam utiles.

Hæc

(b) *Pos.* 7. & *seqq.* (c) *Pos.* 13.

Digitized by Google

Hæc jam tum per modum Scholii addideram positionibus. Ergo hic fuere repetenda, præprimis cum Autor tacendo veritatem observationis hujus agnoscere videatur.

5. (d) In stipulatione conditionali dies nec cedit, neque venit, nisi post conditionem existentem, quia nec prius obligatio ullo modo nascitur, sed tantum spes est debitum iri, §. 4. *h. t.* idque in omni genere conditionis obtinet. *l.* 99. §. 1. *l.* 115. §. 1. *&* 2. *de V. O. & l.* 168. *eod. tit.*

S c h o l i u m.

Ergone pendente conditione promissorem pœnitere poterit? Non; quia spes est debitum iri, §. 4. Instit. h. t. *unde & ad heredem transit, secus ac in legatis, rationem disparitatis tradit Autor in* Prælect. *hoc tit. Quam ergo utilitatem præbet doctrina, in Stipulatione in diem, diem cedere statim, in conditionali non cedere, cum utrobique sint iidem effectus. Et omnino ii, quibus sub conditione aliquid debetur, etiam creditores dicantur?* l. 42. pr. de O. & A. vid. Not. ad *Strauch.* diss. 14. th. 11. p. 158. *Sed adsunt differentiæ, quas collige* ex l. 10. *junct.* l. 16. pr. & l. 56. de cond. indeb. *item* in l. 3. §. 2. *junct.* l. 19. de pec. const. *item* in l. 5. *juncta* l. 14 §. 1. de novat. *& passim.*

At conditio negativa, *si hoc vel illud non feceris*, impedit obligationem, quamdiu certum non est, eam nullo modo extituram; hinc talis, si in Capitolium non adscenderis, perinde se habet, ac si dictum foret, *cum mortuus fueris.* §. 4. *h. t.* Talis autem; si Titiam non duxeris in uxorem, cum aut ipse vel illa decesserint, pro impleta habebitur. Sed ultimas voluntates plenius interpretamur, ut is, cui sub conditione negativa aliquid relictum est, petendi jus habeat, si cautionem præstiterit, *se non facturum quod facere prohibitus est*, quæ cautio *Mutiana* vocatur, *l.* 7. *de C. & D.* Denique, in hoc ab ultima voluntate differt stipulatio, quod spes obligationis conditionalis transeat in heredes contrahentium, qui, existente conditione, exinde agere & conveniri possunt, *d.* §. 4. *l.* 57. *D. eod. tit.* cum Legata conditionalia morte Legatarii ante conditionem existentem penitus extinguantur, ut notum ex *l.* 4. *&* 5. §. 2. *Quando dies Legat. ced.* Ratio est, quia stipulationes, ex eventu quoque suspensæ, vires tamen e præsenti capiunt *l.* 26. *de stipul. servor.* Legata secus, scilicet ex eo demum tempore, quo incipiunt deberi. *d. l.* 4. *&* 5. Paulus hoc discrimen collocavit in *l. ult. Commun. prædior.* Nec enim, inquit, *sicut viventium, ita & defunctorum exitus suspendi receptum est.* Sensus erit; Naturæ contractuum id est conveniens, ut suspensionem recipiant; ideoque, conditione adjecta, nihilominus ab origine sua, non a tempore conditionis æstimatur: quia conditio bene convenit cum obligationis Natura. Defunctorum actus non suspenduntur naturaliter, quia mors est ultima linea rerum; proinde cum testator voluntatem suam expresse vult suspendi, tunc non statim velle videtur, quia voluntas tum statim effectum habere debebat: sed ea demum pro voluntate habebitur, ubi eventus ille, quem signavit, extiterit. Unde legatarius conditionalis, pendente conditione, non est creditor, stipulator conditionalis interim creditor est. *l.* 42. *pr. de O. & A.* Cæterum conditio, quæ in præsens vel in præteritum tempus confertur, quia vere conditio non est, ut *tit. de hered. instit. n.* 7. diximus, vim quoque non habet obligationem suspendendi, verum id quod promissum, statim aut debetur aut non debetur; tametsi quod ad scientiam attinet partium, simili modo se habet, quo proprie conditionalis, si enim liqueat deinde, rem ita se habere, valet quod est promissum; si secus, non deberi intelligunt. §. 6. *h. t.*

6. (e) Actio ex stipulatione dicitur vel ex stipulatu in specie, vel condictio certi. Actio ex stipulatu datur, quando id quod promittitur, incertum est. *pr. h. t.* Scilicet, ubi non apparet, quid, quale, quantumque sit in obligatione; velut, si genus stipuleris, nisi quod optimum in eo genere est exprimatur, *l.* 75. *in pr.* §. 1. *&* 2. *de V. O.* alternativa quoque incerta est, nisi dictum sit, *utrum velis.* §. 8. *d. l.* 75. Qui usumfructum certi fundi stipulatur, de incerto contrahit, propter incertam fructuum æstimationem §. 3. *ibid. Hoc enim magis Iure utimur*, ait Ulpianus, indicans rem non carere dubio; Nam alibi scriptum est, legatum ususfructus velut certum haberi, *l.* 8. *de usufr. ear. rer.* respectu scilicet aliarum rerum magis incertarum; aut ita, res incerta est ratione fructuum, qui sunt incerti proventus, certa res est, si jus ipsum intueamur. Promissio tritici, vini, aut olei, quod in illo horreo est, pro certa habetur, *l.* 75. §. 5. *de V. O.* adde *l.* 30. §. 4. *ad L. Falcid. l.* 7. §. 1. *de Contrah. empt.* quanquam Theophilus exemplum rei incertæ hujusmodi ponat, ὁμολογεῖς διδόναι μοι τὰ ἐν τῇ κιβωτῷ, ἢ τὰ ἐν τῷ ὠρείῳ; *Promittis mihi dare*

(d) *Pos.* 14. *& seqq.* (e) *Pos.* 18. *& seqq.*

Digitized by Google

dare quæ sunt in ista arca sive in illo horreo. Qui vero fieri vel non fieri stipulatur, incertum stipulatus intelligitur, §. 7. *d. l.* 75. §. *ult. h. t.* veluti fossam fodere, domum ædificare, modo non sint *præstationes certorum* contractuum, qui omnes quidem facti sunt, voce generaliter sumpta, *L.* 7. §. *ult. de Curat. fur.* sed heic loci stricte sumitur factum, ut opponitur dationi & præstationi, qua de re dictum ad *fin. tit. de Oblig.it.*

S C H O L I U M.

Videtur Auctor respicere ad commodatum, depositum &c. & maxime mandatum. Sed mallem adduxisset exemplum stipulationis, in qua factum promittitur, quod non possit referri ad alium quempiam contractum seu nominatum seu innominatum. Conf. not. ad tit. 14. n.25.

R E S P O N S I O.

Exempla, cujusmodi petit, hæc sunt: Romam ire, servum manumittere, bonas artes docere, causam agere similesque species. Nec enim ad Contractum referri possunt nominatum vel innominatum, quamdiu stant intra terminos promissionum, sine datione vel interveniente facto.

N. A D D I T.

Hic initio supplendum est Scholium nostrum, cum Autor eam notam ad tit. 14. n. 25. *ibi inserere omiserit. Ita vero ibi dixeram. Pactum nudum late acceptum & contractui oppositum, iterum est vel nudum in specie,* de quo vide n. 11. hic, *quod plane non producit actionem; vel vestitum, quod producit quidem actionem, sed non vi sua, verum per adminiculum extrinsecum vel specialis legis vel contractus cui adjicitur, unde pactum vestitum iterum est vel legitimum vel adjectum.* Conf. infra in Pand. ad tit. de pactis. *Ceterum cum inter pacta legitima etiam referatur pactum donationis*, l. 35. §. ult. C. de donat. *inde videtur nullum exemplum ne quidem jure Justinianeo remansisse, pacti in specie nudi, quod nullam producit actionem* vid. Kulp. Colleg. Grot. ad libr. 2. cap. 11. th. 1. lit. e. *Sed cogitandum tamen, annon, quia donatio saltem ad dandum tendit, possimus exempla invenire pactorum nudorum factum aliquod tale, quod non in causam mandati incidat, gratis & sine repromissione intendentium. Aliud exemplum cupe:* dabo tibi centum ut servum manumittas. *Quamdiu nondum dedi (& in genere in contractibus innominatis & realibus, quamdiu ex parte neutra aliquid datum vel factum est) est pactum nudum.* l. 27. C. locati. *Jam ad responsionem Autoris, quam videtur ex ipso hoc scholio nostro ejusque verbis finalibus, quamvis parum apte petiisse. Etenim exempla quæ affert, ad contractus innominatos plane referri nequeunt (non solum in eo casu quamdiu stant intra terminos promissionum, sine datione vel interveniente facto) quia non sunt promissa mutua, sed ex una saltem parte. Hoc vero supposito non video, cur ea facta non possint referri ad contractum mandati. Quid enim impedit, quominus tibi mandare possim ut Romam eas, servum manumittas, bonas artes doceas, causam agas &c. Vel enim hic mea interest, vel non est. Si prius, erit meum negotium, adeoque ad mandatum referri potest. Si posterius, ne quidem stipulatio valebit, quia exceptio* tua non interest, *poterit opponi cuilibet agenti.*

Quod si promissor non faciat, tenetur in id quod interest, quod sine dubio incertæ æstimationis est, constans duabus partibus, eo quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l.* 13. *rat. rem. hab.* quod utrumque facti esse, ut ait *l.* 24. *de R. J.* & probationis sæpe difficilis, res ipsa loquitur. Peti autem potest id quod interest, ubi tempus elapsum fuerit, intra quod illud factum ab homine haud negligente potuit impleri. *l.* 14. *l.* 72. §. *ult. l.* 84 & *l.* 137. §. 3. *de V. O.* Præstando autem id quod interest, an promissor liberare se possit, est gravis Quæstio. Qui factum promisit, veluti insulam ædificari, fossam fodi, tabulam pingi, an ad ipsum factum cogi possit, an vero præstando id quod interest liberare se possit. Posterius frequenti calculo probatum est ab recentioribus, quos citat & sequitur Wissenbachius noster, *ad tit. ff. de V. O. th.* 8. Aliter sentiunt pauci, quippe boni, Cujacius ad *l.* 72. *h. t.* Corat. 2. *miscel.* 3. Bronchorst. 4. *antin.* 41. Perez. *Erotemat. ad* §. *ult. Inst. h. t.* Quibus meum calculum addo lubens, inprimis hoc motus argumento, quod hic nulla civilis causa sit, cur fidem datam frangere liceat; nam quod dicitur, ad factum posse neminem cogi, intelligo sane, actiones voluntarias hominum impedirari ab externa causa non posse, nec quenquam, si animum ad contumaciam obduret, ad faciendum aliquid subigi; nec id quidem in dationibus aliisque præstationibus fieri potest, ut aliquis id, quod non vult dare compellatur; quia dare, præstare, non minus est actus voluntatis quam facere. Sed contumaces civiliter cogi dicuntur, quando remedia illis Prætoria adhibentur in hunc finem, ut adsensus eorum exprimatur; veluti pignorum capio, missio in posse-

Digitized by Google

possessionem, mulctæ dictio, manus militaris, denique carcer. Nihil vetat quominus is, qui facere non vult, quod facturum se promisit, iis remediis constringatur; rumpit enim æque fidem, ac is, qui dare recusat, quod debet. Jam qui his modis adfici potest, is utique tenetur ad faciendum præcise, alioquin illa remedia applicari non possent. Si jam nulli sint textus quibus eximatur obligatio facti a servandæ fidei necessitate, palam est, executionem eam consequi debere. Reperio quidem in variis legibus, ubi non fit factum, quod fieri debebat, in id, quod interest agi; sed hæc est quasi pœna ejus, qui fidem non servat: quemadmodum omnes, qui contractus violant, aliter quam eo, quod interest plecti nequeunt; inde vero minime inferre licet, actorem, si malit ipsum urgere factum, id facere non posse. Prorsus, ut de emptore dictum est alias, eum, si venditor rem non tradat, in id, quod interest agere: ex quo tamen minime sequitur, eum quoque rei ipsius traditionem si velit, petere non posse; *infra ad tit. Inst. de contrah. empt.* Enimvero hoc res ipsa loquitur, si res debeatur, possessionem ab invito auferri; Qui vero factum debet, eum ad faciendum, si nolle perseveret, ipso actu cogi non posse: ast ad hanc disputationem sufficit dictum, posse debitorem facti a judice condemnari ut faciat; † cui si non pareat, ejusmodi exequendæ sententiæ modos adhiberi, quales natura negotii recipit; Sic heredi fiduciario necessitas imponitur adeundi restituendique hereditatem, qua de re sic fere differuimus, ut heic factum. *tit. Inst. de fideicom. heredit.* Nec secus omnes, qui testamento aliquid facere jussi, præcise ad faciendum tenentur. *l.* 11. §. *ult. de Legat.* 3. Adde omnino *l.* 28. *de Donat. verbis cogendam eam patrem defendere.* (1)

SCHOLIUM.

Regula notissima est; in obligationibus dandi neminem liberari præstando interesse, si dare possit. At in obligationibus faciendi, liberari aliquem præstando interesse, nec ad factum cogi posse. Et quidem posterior assertio nititur l. 72. de V. O. l. 13. §. fin. de re judic. arg. l. 71. §. 2. de C. & D. l. 2. de hom. lib. exhib. Adde Wissenb. l. c. & Struv. Ex. XLVII. th. 12. *Eam impugnat Aut.* h. l. *secutus Corasium, Cujacium, aliosque a Wissenb.* d. l. *citatos; sed nobis verior videtur prior sententia.*

RESPONSIO.

Quid est in d. l. 72.? Ubi, quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, & justa æstimatione facti dandam petitionem. *Quid est in his verbis, quod non abunde sit occupatum? Nihilo plus* in l. 13. in fine de Re jud. Qui non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *Quia res ibi non potest auferri, non datur alius exitus, ut dictum.* L. 71. §. 2. de C. & D. *agit de facto quod libertatem corrumpit, unde ne quidem actio in id, quod interest. Idem ad* l. 2. de hom. lib. exhib. *tenendum. Scholiastes instat; Ratio*, Id quod interest, esse loco pœnæ, *petit principium. Minime, inquam. Quæritur an is, qui factum promisit, in id, quod interest teneatur. Affirm. Opponuntur leges citatæ dicentes, Qui non facit, in id, quod interest tenetur. Resp. Si ad faciendum non teneretur, actio non daretur neque condemnaretur. Qui condemnatur, isne liberari dicendus est? Profer textum, qui dicat, eum qui non facit liberari, aut optionem habere, quod est nusquam. Nihil hic est τοῦ ἐν ἀρχῇ.* Vid. Wissenbach. *ad tit. ff. de Verb. oblig. th.* 8.

N. ADDIT.

Potuisset supersedere Auctor & hoc Scholio & hac responsione, cum jam in fine præfationis ad Lectorem ad Scholia mea mutaveram sententiam meam in verbis: Ipsemet meliora edoctus non raro muto sententiam, & in iis mutare non desinam, in quibus ab Autore recessi, si rationes prægnantiores afferri viderim. In quibusdam etiam jam tum mutavi, ut in iis, quæ ad Instit. *tit. de V. O. Posit.* 24. notavi.

7. Cæterum, qui aliquid se non facturum promisit, is tum tenetur, quando contra quam promiserat fecit, *l.* 2. §. *pen. l.* 4. *de V. O.* Difficultas autem illa probandi id, quod interest, ut evitetur, solent factorum stipulatores pœnas adjicere, ut, nisi fiat quod promissum est, is, qui moram committit, certam pecuniæ summam dare præstare debeat, §. *ult. h. t.* a qua tamen pœna faciendi, quod convenerat, perinde ac ab eo, quod interest, liberari posse videtur, quo-

(1) *Hanc quæstionem prolixe & solide tractat Thomasius dissertat. sing. an; qui factum promisit, liberetur præstando id, quod interest.*

† Si cui quadam sententia alicujus facti præstatio injuncta, præcepto Executivo constringendus est, ut sub pœna ex Judicis arbitrio expressis verbis injuncta, faciat id, quod in jurisdictione ultimum est, intra quatuordecim dies: Si non pareat, nec dilationem impetret, quæ non sine sontica causa, nec nisi semel concedi debet, exigenda est pœna, & contumax graviori mulcta, dato iterum quatuordecim dierum spatio, coercendus, immo etiam carcere, & aliis mediis coactivis hic utendum est, liberatione per præstationem ejus, quod interest, penitus sublata. *O. P. S. E. J. & E. tit. XXXIX.* §. 2.

Digitized by Google

quoniam pœna vice locove ejus quod interest fungitur, *d. §. ult.* idque perinde, ante litem contestatam duntaxat; Nam post litem contestatam pœnæ jam petitione facta, novatio quædam intelligitur, uti non factum amplius, sed pecunia sit in præstatione. *l.*84. *de V.O. arg. l.* 11.§.1. *de novat.* Igitur ante litem contestatam, nulla per stipulationem pœnalem novatio facta censetur, sed & debitor factum, de quo principaliter convenit, implere potest, & creditor, si nolit ad pœnam, agere potest in id, quod interest. Quoties enim pœna ad alium contractum adjecta est corroborandum, tunc aut id, de quo præcipue est actum, aut pœna post moram recte petetur, *l.* 115. §. *ult. & l.*122.§.2.*de V.O.* ita ut creditorem alterutra actione contentum esse oporteat, nisi in una sit plus quam in altera per *l.* 41. *& seq. l.* 71. *pro soc. & l.* 47. *de Action. empt.* Sand. 3. *decis.* 4. *desin.* 4. Saltem in penu legata cum adjectione pœnæ ab herede solvendæ, si non præstet eam, peculiariter receptum est, ut, si heres in mora sit penum solvendi, confestim pœna peti, neque ad rem petendam regredi possit. *d.l.*115. §. *ult. & l.* 1. *pr. de penu leg.* juncta *l.* 24. *Quando dies Legat. ced.* Atqui Papinianus, *Si navem fieri stipulatus sum*, inquit, *& si non fecerit, centum: videndum, utrum duæ stipulationes sint, pura & conditionalis, & existens sequentis conditio num tollat priorem, an vero transferat in se & quasi novatio prioris fiat, quod magis verum est l.*44. §. *ult. de O. & A.* Præter aliorum conciliationes, non videtur mihi abs re, Papinianum id quærere videri, utrum duæ sint actiones separatæ, ita ut, pœna commissa, non tollatur actio principalis; an vero pœnæ commissum absorbeat actionem primam, ut sic pœna exercita quasi novationem inducat, neque post ejus solutionem ad rem principalem agi possit, quod est simpliciter verum & modo a nobis dictum.

TIT. XVII.
De Duobus reis stipulandi & promittendi.

I. Quid sint duo rei, & quomodo fiant. II. Quo fine & effectu constituantur. III. Num qua sit inter correos actio. IV. In aliis quoque causis fieri sæpe duos reos.

(a) SÆpe fit ut duo in solidum obligentur, aut singuli obligationem solidam adquirant, idque ad evitandum incommodum scindendæ actionis in partes. Qui hoc modo contraxerunt, hi *duo rei* dicuntur, tam stipulandi quam promittendi, ut creditores etiam *rei* dicantur, antiquo usu Latino apud Festum, & Ciceronem 2. *de orat.* ubi, *rei sunt omnes, quorum de re disceptatur*: & Pomponius in *l.*5. *de V. O. ex conventione reorum*, inquit, id est, partium, cum alioqui communiter Rei dicantur οἱ φεύγοντες *fugientes* & qui in jus vocantur. Duo rei stipulandi fiunt, cum duobus separatim eandem rem stipulantibus, debitor una voce utrique se daturum spondet. Duo rei promittendi, quando creditori distincte, at continua oratione, duos interroganti, respondent illi se daturos vel facturos. *pr. I. h. t. l.* 2. *& l.*3. §. 1. *eod.*

2. (b) Finis, ut dictum, ac simul hujus rei effectus est, quod singuli totum petere debitum ac singuli de toto conveniri possunt, §.1. *h. d. l.*3. §. 1. sic tamen, ut si unus debitum exegerit aut petierit, alterius actio pariter cesset; item, si unus debitum acceptum tulerit *d. l.* 2. in *fin.* si unus debitori jusjurandum detulerit, *l.* 27. & 28. *de jurejur.* si unus novaverit, *l.* 31. §. 1. *de Novat.* cui intestabiliter adversari creditur Paulus in *l.* 27. *pr. de Pactis.* ut σφόδρα βούλεται Cl. Wissenbach. 2. *Pand. disp.* 28. *th.* 10. nisi forte dicas, alterum correorum posse novare, id est, ex una aliam facere; non posse novare, id est, tollere obligationem, ita ut nihil pro debiti substantia maneat. (1) Cæterum, paciscendo unus alteri nullum creat præjudicium, *arg. d. l.* 27 *in pr.* quia *in stipulationibus jus, in pactis versatur factum*, ut ibidem §. 2. hoc est, per stipulationem qua fit novatio & acceptilatio, tollitur ipsamet obligatio, vi juris, sine respectu certæ personæ, sed pactum est nuda conventio inter duos, nullum habens juris effectum, nisi quatenus ab eo, qui pactus est in judicium deducitur, quod cum facti sit personalis, alii quam personæ isti applicari non potest.

SCHOLIUM.

Conf. Wissenb. ad ff. h. t. th. 25. *Ex ratione, quam suppeditat Autor, videtur inferendum, hodie etiam per hoc præjudicari alteri, quia hodie pactum ex moribus actionem producit & adeo obligationem ipso jure tollit.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. & 4.

Quan-

(1) *Nisi malis dicere, quod Paulus in* l. 27. pr. *de pact. per* alium, *intelligat* alium *ab argentario aut correo diversum, cui recte quidem solvi possit, jus vero novandi non sit, uti eam L. exponit D. Noodt de pact. & transact.* cap. 28. *circ. fin.*

RESPONSIO.

Quenam hæc ratio? Non puto pactum de non petendo moribus hodiernis obligationem ipso jure tollere, Pactum ik fal u niet manen. *petitionem quidem tollit, sed obligationem & ejus instrumentum penes Creditorem relinquit: unde si contra convenerit*, ut petatur, *continuo hodieque reviviscet obligatio. Secus etiamnum erit in acceptilatione*, Quytscheldinge, *quia hæc ipsam tollit obligationem*.

N. ADDIT.

I. Ratio hæc vult: *Quæ ipso jure tollunt obligationem, ea, si ab uno reorum acta sint, nocent alteri. Pactum de non petendo non nocet, quia demptum ope exceptionis. Hujus ultimi ratio est: Quia stipulatio producit actionem, ideo & acceptilatio per Stipulationem facta tollit eam ipso jure. Sed quia pactum jure Romano actionem non producit, ideo nec ipso jure tollit. II. Aperte Autor obligationis termino, in sensu vulgari & a regulis artis alieno utitur, pro instrumento obligationis. III. Eadem inconvenientia mijcet acceptilationem Romanam, quæ fiebat verbis ore prolatis, cum scriptura quietantiæ. IV. Quemadmodum si per acceptilationem debitum fuerit sublatum, ipso jure tollitur obligatio, i.e. Prætor non dat formulam agendi, sed de negotio ipso cognoscit, etsi instrumentum obligationis mansit apud Creditorem, ita etiam idem erit dicendum de pacto de non petendo &c.*

3. (c) Jam si unus solidum petierit, vel solidum exegerit, vel solidum unus solverit, nonne lucrum illud aut onus communiter ab illis feretur, ita ut exactor pecuniam cum suo correo communicare, & debitorum alter suam partem ei, qui solvit, refundere debeat? Equidem cum nullum inter correos qua tales negotium sit gestum, mero jure fieri non potest, ut actio inter eos nascatur, idque firmatur ex *l. 62. pr. ad L. Falcid.* nisi vel socii sint, vel pecunia in communes usus impensa sit, de quo casu agere videtur *l. 2. C. de duob. reis.* vel ex causa communi onerosa nascatur obligatio, vel cum Vice mutua fidejusserunt, aut actiones sunt cessæ, vel denique, si aliter inter eos convenerit (vid. Giphan. *ad tit. C. de duob. reis.*) tametsi æquitas præstantissima velit, nunquam non aliquid dandum esse remedii. (adde Perez. *ad d. tit. n. 12.*) Adeo autem singuli correi in solidum tenentur, ut nec alter conventus divisionis beneficio consequi possit, uti pro sua tantum parte conveniatur, ne quidem si pro se invicem fidejusserint, *l. 11. in pr. h. t.* quod mutatum ab Justiniano in *Nov. 99. c. 1.* ubi statuit. eos, qui ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι, id est, *reciproca fidejussione sunt obligati*, non aliter in solidum teneri, quam si diserte id expressum sit, eoque expresso, tamen singulos in solidum non teneri, nisi alter inops sit vel absens. Unde apparet, authenticam ex *d. N. 99.* parum prudenter *d. l. 2. C. de duob. reis* esse subjectam.

4. (d) Cæterum, in stipulatione quidem inprimis Correi debendi constituuntur, neque tamen eo, quod stipulatio moribus hodiernis exolevit, putandum est, correos quoque debendi hodie nullos amplius fieri. Nam & quavis simplici promissione, imo & aliis contractibus, velut in emptione, locatione, deposito, commodato aliisque, jure constituuntur, *l. 5. §. ult. D commod.* imo & testamento, si testator dixerit, *Titius & Mævius Sempronio decem danto l. 9. h. t.* Scilicet, ubi id actum esse apparet, ut singuli solidum deberent; alioquin heredes pro partibus de Legato teneri, tralatitium est & scriptum in *l. 17. eod. tit.* qua de re non est hic locus agendi prolixius.

TIT. XVIII.

De stipulatione Servorum.

(a) IN Institutionibus caput proprium est de stipulationibus servorum, quod cum exigui sit usus, paucis absolvendum. Stipulari & contrahere non aliter potius servus quam ex persona domini, quando ipse personam, id est facultatem civi competentem, nullam habet. *pr. h. t.* Proin domino etiam adquirit, seu soli, seu conservo, sive impersonaliter stipuletur, *§. 1.* & si plurium sit communis dominorum, singulis pro portione dominii adquirit; nisi nomine vel jussu unius sit stipulatus, cui tunc videlicet soli quærit. *§. ult.* Duntaxat in stipulationibus facti placuit, si quid servus, ut sibi facere liceat, stipulatus sit, quod hoc ille solus, non dominus facere possit. *§. 2. h.* etenim illa positio, quod ex persona Domini servus stipulatur, ex rerum jure proficiscitur, a facti simplicitate alienum est: interim illa facta, quorum jus adquiritur servo, ad arbitrium utilitatemque domini esse dirigenda, res ipsa loquitur. De servo hereditario, cujus Dominus est mortuus, nullo adhuc herede existente, dubium erat, possetne stipu-

(c) *Pos. 5. & 6.* (d) *Pos. 7.* (a) *Pos. 1. & seqq.*

Digitized by Google

ſtipulari, quia nec perſonam neque dominum habeat; ſed placuit hereditatem perſonæ defuncti vicem ſuſtinere, *pr. h.t.* ut & alibi dictum: unde ſequitur, interea ſervum hereditati adquirere, id eſt, eventu inſpecto, heredi futuro. *d. pr. in fin.* Proinde, ſi dixerit, heredi futuro ſe ſtipulari, nulla cauſa eſt quare non ex ea ſtipulatione heres poſtea exiſtens agere poſſit, *l.* 28. *§. ult. de ſtipul. ſervor.* quanquam nomine heredis futuri expreſſo, ſervus non recte ſtipulatur, quoniam in tempore ſtipulationis heres non eſt, ideoque error in perſona commiſſus videtur, *l.* 16. *eod. tit.* quæ ſic cum *d. l.* 28. conſentit.

TIT. XIX,
De Diviſione ſtipulationum.

I. Ratio diviſionis, in Judiciales & Prætorias, ſecundum jus vetus & novum II. Exempla utriuſque ſpeciei. III. Quæ Communes. IV. Quæ Conventionales.

(a) Diviſio ſtipulationum peculiari quoque titulo a Juſtiniano tractatur. Species ſunt, Judiciales, Prætoriæ, Communes, Conventionales. *pr. Inſt. de diviſ. ſtipul. l.* 5. *in pr. de V.O. Judiciales ſunt, quæ a mero Judicis officio*, §. 1. *h.*, Prætoriæ, *quæ a mero Prætoris officio proficiſcuntur*. §. 2. *ibid.* Prætores & judices ex diſciplina Juris antiqui opponebantur. Prætor enim non tam judicabat, quam judicium jubebat, ut Cicero. 3. *de LL.* loquitur. Ad ipſum fiebat in jus vocatio, actionis editio, aliaque πρῶτα judiciorum; ubi ad cauſæ diſceptationem ventum eſſet, dabat judicem, qui cognoſceret ſententiamque ferret, quam ipſe dein exequebatur, adeoque apud Prætorem fiebant, quæ hodie dicuntur ante litem conteſtatam; apud judicem, quæ poſt litis conteſtationem fieri dicuntur. *l. un. C. de litis cont.* Quanquam autem Prætor aliquando in Pandectis judex appellatur. *l.* 1. *& l.* 81. *de judic. l.* 11. *de juriſd. & l.* 41. *de minor.* nihil tamen notius eſt, quam nomine Judicum ſimpliciter prolato, intelligi non Magiſtratus, *l.* 2. *de R.J.* ſed datos, delegatos, pedaneoſque judices. *l.* 46. *de judic. l. pen. Judic. ſolvi. l. ult. de off. præt. l.* 4. *de tutor. vel cur. dat. l.* 3. *Ne quis eum, qui in jus voc. l.* 5. *de off. Præſ.* Poſtea Magiſtratus ipſi judicare ſunt juſſi; niſi quatenus multitudo negotiorum eos ſubigeret, aut in levioribus cauſis aliis permitteretur. *l.* 2. *& l. ult. C. de ped. jud.* (1) Unde Judicum nomen cum Magiſtratuum appellatione converti cœpit, ut indicat Rubrica *Cod. de Juriſdictione omnium judicum* quod mori Romano, Pandectis cognito, penitus adverſum erat. Prætores igitur tempore Juſtiniani pariter judices erant, quemadmodum hodieque omnes, qui res judicant, tam ea quæ ante, quam quæ poſt litem conteſtatam peraguntur, gubernant. Diviſio tamen & definitio vetus, a differentia officii Judicum & Prætorum petita, ſupereſt adhuc in hiſce vocibus, ne mutatio confuſionem pareret. Interim etſi his terminis hodie utimur, tamen notandum, judiciales eſſe jure noviſſimo, quæ præſtantur in judicio ſive poſt litem conteſtatam; Prætorias, quæ in jure, ſive ante litem conteſtatam.

2. (b) Exempla judicialium referuntur in *d.* §. 1. veluti de Dolo cautio, quæ præſtatur ab eo, qui ad rem reſtituendam condemnatus eſt, cavetque, ſe rem cum omni cauſa ſine fraude redditurum, aut ſe nihil dolo in ea re perdenda vel corrumpenda admiſiſſe, ut exemplum eſt apud Theophilum, *l.* 45. *de R.V. & l.* 9. §. 5. *& 7. Quod. met. c.* item de perſequendo ſervo qui in fuga eſt, cujuſmodi cautio dicitur ab eo extorquenda, qui hominem per vim extorſit. *l.* 14. §. 11. *eod. tit.* Denique de pretio reſtituendo, ſi res ipſa dolo, vel culpa adverſarii non reſtituatur, neque poſſit; ita & coheredes in Judicio familiæ erciſcundæ cavent de æſtimatione pro cujuſque parte reddenda. *l.* 25. §. 10. *famil. erciſc.* adde *l.* 7. *&* 12. *Si ſervit. vind.* Prætoriæ referuntur *in* §. 2. *h. t.* & prima quidem damni infecti eſt, quando Dominus ædium ruinoſarum promittit vicino damnum, quod ex ruina contigerit, id ſe præſtiturum. *l.* 7. *pr. de damno inf.* Ex quo diſcimus, ſi non caveatur, tunc vicinum qui *metuit damnum*, mitti in poſſeſſionem ædium ruinam minitantium. Alterum Prætoriæ ſtipulationis exemplum eſt, Cautio Legatorum, qua heres promittit Legatariis & fideicommiſſariis ea, quæ ſub conditione vel in diem relicta ſint ipſis, die vel conditione exiſtente, præſtitum & exſolutum iri, *l.* 1. *pr. & t.t. ut Legat. ſeu fideic. ſer-*

(a) *Poſ.* 1. *& ſeqq.* (b) *Poſ.* 7. *&* 6.

(1) *Conferri meretur pro expoſitione* L. 2. C. de pedan. jud. *D. Noodt de juriſd. & imp.* lib. 1. cap. 1.

Digitized by Google

servand. caus. cav. Cum autem Prætoria hæc stipulatio sit, ante litem contestatam opponi debet, postea que cessat, *l.* 1. §. 9. ut tamen & in Judicio appellationis, si in prima instantia omissa fuerit, exigi possit. *l.* 5. §. 1. *eod.* Ad Prætorias stipulationes cautio quoque usufructuaria refertur, de qua dudum habuimus, *l.* 7. *Usufruct. quemad. cav.* item ædilitiæ stipulationes, *d.* §. 2. *h. t.* quatenus ædilitium jus sub Prætorio comprehenditur. §. 7. *I. de Jur. Nat.* Sunt autem ædilitiæ stipulationes, quæ ex Edicto Ædilium proficiscuntur, quod super emptionibus venditionibus promulgatum fuit, ut venditores repromitterent rem non esse vitiosam, pecus non esse morbosum, rem habere licere, *l.* 21. *de Ædil. Ed.* de quibus, ut & de reliquis Edicti ædilitii capitibus, alibi accuratius.

3. (c) Communes sive mixtæ stipulationes sunt, quæ aliquando ex jurisdictione, quandoque ex officio Judicis proficiscuntur, velut *in* §. *ult. h. t.* recensentur: stipulatio rem pupilli salvam fore, de qua dix. *supra*; quæ quidem ut plurimum citra litis contestationem præstatur, aliquando tamen, si prius præstita non sit, etiam post eam, ut apud Theophilum. De rato stipulatio, quam præstat Procurator actoris, de cujus mandato dubitatur, *l.* 1. *C. de Procurat.* similiter plerumque ante litem contestatam interponitur: tamen si post cœptam litem ratio dubitandi emergat, etiam tunc postulari potest. per *l.* 1. *C. de Ord. judic.*

4. (d) Denique species quarta, licet a Justiniano in *hoc. tit.* ordine tertia collocatur, est conventionalium stipulationum, quæ cum neque judicis neque Prætoris jussu, sed partium sola conventione ineantur, nomen inde suum mutuatæ sunt; Earumque totidem genera esse, quot rerum contrahendarum, ait Imperator in §. 3. *in f. h. t.* Quid? An stipulationes tam late quam cuncta negotia civilia patent? Quid igitur de cæteris contractibus? Eo scilicet hoc pertinet, quod supra diximus, stipulationem esse πανδέκτην, omnibusque negotiis subjici firmandis & stabiliendis.

T I T. XX.

De Inutilibus stipulationibus.

I. Undenam vitientur stipulationes, & quæ sint inutiles ratione personarum. II. De obligatione pupillorum. III. Quid si pupillus ex contractu sit locupletior. IV. Ratio quare pupillus naturaliter obligetur. V. Minores annis XXV. etiam civiliter obligari. VI. Patrem non posse a filio, nec filium a patre stipulari. Nec quemquam alteri. VII. Alteri stipulari aliquem posse si ejus intersit. VIII. Quæ stipulationes sint inutiles ratione rerum. IX. De promissione dationis aut facti alieni, vel turpis. X. Quæ sint inutiles ratione formæ stipulandi. XI. De impossibili conditione stipulationi adjecta. XII. De conditione si voluerit debitor. *XIII. De stipulatione sine causa. XIV. Quid si interrogatio & responsio non conveniant. XV. Quid si non præcesserit interrogatio. XVI. De stipulatione cum moriar &c. remissive. XVII. Spem obligationis transire ad heredem, & de stipulatione in diem.*

(a) DE stipulationibus hisce conventionalibus, ingens adhuc caput apud Justinianum sequitur, *de inutilibus stipulationibus*, quod nos compendii causa ad tres articulos reducemus. Inutiles enim sunt stipulationes vel ratione personarum contrahentium, vel rerum promissarum, vel denique formæ stipulationis. Ratione personarum; (b) primo, si muti, surdi, furiosi, infantes, stipulantur aut promittunt. §. 7. 8. 9. *h. t.* Prodigus & pupillus infantia major potest quidem uterque stipulando adquirere, sed promittendo obligare se non possunt. *l.* 6. *de V. O.* & *d.* §. 9.

2. Sed quatenus naturaliter aut civiliter pupillus obligetur, mira est legum ἐναντιοφανία & Interpretum dissensio, de qua vid. A. Matth. *disp.* 19. *fundam. jur.* aliisque passim. Videmur simpliciter defungi posse ita; Pupillus semper obligatur naturaliter, nunquam civiliter, nisi cum obligatio ex re venit. Prima thesis est in *l.* 21. *ad L. Falcid. l.* 64. *pr. ad SC. Treb.* & *l.* 1. *in fine de novat.* etiamsi non sit locupletior

Digitized by Google

tior pupillus. *l.* 25. §. 1. *Quando di. leg. ced.* Sed quia hæc obligatio a legibus infirmatur & ipsis effectibus, quos alias habet naturalis obligatio, privatur, ideo in quibusdam locis ne quidem naturalis obligatio existere dicitur. *l.* 41. *de condict. indeb.* & *l.* 59. *de O.* & *A.* Frequenter enim, quod effectu caret, non esse dicitur, ut quod in diem debetur, utique & ante diem debetur, §. 2. *I. de V. O.* at non deberi Ulpianus ait in *l.* 41. §. 1. *eod.* quia interim inefficaciter debetur. Altera positio, quod civiliter nunquam obligetur pupillus, est in *l.* 43. *de O.* & *A.* & ubicumque simpliciter obligari negatur. Limitatio, nisi cum obligatio *ex re venit*, habetur *l.* 46. *de O.* & *A.* Quid velit, *ex Re*, dubium est; plerique ajunt, ex maleficio & quasi contractu; de maleficio est textus in *pr. I. de obl. quæ ex del.* de quasi contractu simpliciter non est verum, quia pupillus non tenetur ex hereditatis aditione, §. 1. *de auct. tut.* & condictione indebiti, §. 1. *I. quib. mod. re contr. obl.* neque si alterius negotia gesserit, quia hoc ex facto, non ex re venit; quos omnes esse quasi contractus, constat *ex tit. I. de obl. quæ q. ex contr.* Malim dicere, *ex Re*, id est, *ex ipso negotio*, sive, cum intrinsecus negotii natura actionem suggerit, ipsaque rei æquitas eam dictat, licet nulla conventio interveniat: Sic Imp. in *d. princ. de obl. quæ ex delict.* verba *Ex Re* interpretatur *ex ipso maleficio*. Perinde ut impensas pro pupillo factas tutor, vel negotiorum gestor, vel qui res communes habet, repetat, id *ex re*, hoc est ipsa negotii natura competit.

3.(c) Eodem retulerim, si pupillus ex contractu sit locupletior; nam & tunc *res ipsa* maxime dictat eum teneri, ne ex alieno ditescat. *l.* 14. *de condict. indeb.* Ergone & Re & civiliter obligatur, quatenus est locupletior? Sic *puto*, licet pauci ita scribant. Quod *ex Re* teneatur penes quem *res* aliena vel commodum *rei* extat, satis est liquidum. Perinde quod civiliter; Neque enim dari potest exemplum, quo ex contractu actio detur efficax in foro civili, quæ non sit ex obligatione civili; Actionem autem hoc casu in pupillum cuivis esse dandam, D. Pius rescripsit *l.* 5. *in pr. de aut.* & *conf. tut.* Atqui omnis obligatio naturalis lege vel constitutione firmata & vi actionis prædita, transit in civilem, ut sunt pactiones legitimæ. *l.* 6. *de pact.* Quis enim ex pacto hypothecæ, donationis, constituti, negat obligationem nasci civilem? Ergo ut pacta per se naturaliter obligant, lege accedente civiliter, sic & pupillus naturaliter obligatur, lege accedente civiliter; & sic pupillus naturaliter obligatur, cum est locupletior, *d. pr. l.* 5. sed rescriptum D. Pii indicat, non tantum naturaliter, sed etiam civiliter, & sic verba *d. l.* 5. nihil obstant; fundamentum actionis a D. Pio datæ est naturale, sed proxima causa civilis. Actio autem illa, ubi ex nominato contractu non datur, est propria condictio ex Lege, quæ datur, cum Lex naturalem obligationem vi actionis informat, cui nomen non tribuit. *l. un. de cond. ex L.* Sed cum ex alio contractu descendit, tunc utilis est ex eodem contractu, quia cum D. Pii rescriptum de aliis non loquatur, JCti id eo extenderunt *l.* 3. *commod.* & *l.* 66. *in fin. de solut.* Ex quo videmus actiones utiles non tantum dici, quæ ad imitationem legum dantur & legibus accommodantur, sed & cum ipsæ ex lege actiones aliis speciebus applicantur: Actio in pupillum est directa, nempe condictio, quia ex verbis D. Pii oritur. Si commodati agatur, tunc fit utilis, quia commodati actionem D. Pius non dedit, sed JCti applicarunt. *d. l.* 3. *commod.* Unde minime sequitur, pupillum hoc casu civiliter non obligari, ut Tim. Faber colligit *disp.* 8. *th.* 12. Ubinam legimus actiones utiles minus ex civili causa esse quam directas? Et reliquæ D. Fabri rationes, his bene perceptis, facile removentur. Quod alii in hac materia inter pupillum infantem & non infantem distinguunt, id absre est, quia in infantem termini habiles obligationis nulli cadere possunt. Nam nec civilis nec naturalis ratio patitur, eum, qui rationis usu caret, ex sua conventione aut facto obligari, ne quidem naturaliter, ut res ipsa loquitur.

4. Ratio cur pupilli naturaliter obligentur, & jure civili tamen non modo novum non accedat vinculum, sed hoc ipsum naturale dissolvatur, est hæc; quia ex simplicitate naturæ omnis expressa declaratio animi de jure in alium transferendo promittentem obligat, ut egregie docet Grotius *l.* 2. *c.* 11. igitur cum pupilli hactenus ratione utantur, ut quod sibi promittitur sciant, sibique alios stipulando obstringant, natura docet, ipsos æque teneri ad exequendum id, quod scientes promiserunt, licet non sint locupletiores sed damnum passuri; adde argumentum e contrario ex *l.* 10. *de R. J.* Sed quia consultum non est, ut tenella ætas ex lubrico oris damno multetur, quod secus est in aliis, qui ipsis pollicentur; Lex eam qualemcun-

(c) *Pos.* 10.

cunque obligatione merito enervavit agendique facultate destituit.

5. (d) Sed an puberes sive minores annis 25. civiliter obligantur? Sic tradunt Modestinus in *l.* 101. *de V. O.* & Paulus in *l.* 43. *de O. & A.* Rationem reddit elegantem A. Matth. *d. dis.* 19. ex doctrina Vulteji, quod obligatio sit jus mere personale *& in personam dirigatur*, *l.* 3. *de O. & A.* pupilli autem persona sit tutori obnoxia, non persona puberis curatori, quia hic rebus, non personis detur, *l.* 8. *C. de nupt.* quod alii verum esse dicunt, verum de his in quibus de statu personarum, nec utique de patrimonio agitur, ut in nuptiis; sed obligationis plerumque finis est alienatio, quæ perinde his qui curatorem quam, qui tutorem habent, est interdicta, quod probant per *l.* 3. *C. de in integr. restit.* Quæ Lex clare docet, eum, qui curatori subest non posse obligari, quia comparat eum cum prodigo, cujus promissionem non valere, notum est ex *l.* 5. *de R. J. & l.* 6. *de V. O.* & quia addit, minorem sine curatore constitutum in integrum restitui. Ergo curatori subjectus non eget restitutione, quod signum est contractum non valere & ipso jure tutum esse minorem. *l.* 3. *in fin. C. de Tut. vel cur. qui sat. non ded.* Unde liqueat, hæc verba *d. l.* 3. contractum *servari non oportere*, idem esse, quod *non valere*. Et citatam *l.* 101. *de V. O. l.* 43. *de O. & A.* loqui de puberibus, qui curatoribus carent, quos inviti recipere non coguntur, §. 2. *I. de curat.* cum verba *d. l.* 101. *sine curatoribus suis*, non hanc vim habeant, ut tutores, qui sunt, significent, sed qui esse solent & destinantur iis. Verum hæc responsio *ad l.* 101. aliis merito displicuit, eo quod hæc verba, *Curatoribus suis* possessorium præsens significent; ideoque hi criticam manum adhibent, unius literulæ mutatione sic legentes, *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligare*, pro *obligari*. Ita Vir Cl. *Georgius Cunradus Crusius*, Antecessor olim Lugdunensis Bataviæ. Sed mali exempli est, ob ancipites controversias suo placito terminandas, mutare Lectiones: præter quod vox *obligare*, sine regimine sensum suspendens, ut requiras *quem* obligare dicatur, offendit aures in hoc loco. Re exacta, sunt plane textus in *d. l.* 101. *l.* 43. *O. & A.* validiores quam ut sola *lex* 3. *C. de in int. rest. min.* adigere nos possit ad mutationem lectionis Florentinæ & receptæ *d. l.* 101. Dicemus igitur ita; Minorem obligari, sed contractum Re, id est cum effectu alienationis, propter Curam, eaque durante, *non esse servandum*. Sed hac finita, si minor non restituatur in integrum, obligationem vivere & pro[illegible]re actionem. Argumentum a restitutione in integrum ex *d. l.* 3. facilius in contrarium vertitur. Minor etiam curatori subjectus in integrum restituitur. *l.* 2. *&* 3. *C. Si Tutor vel Curator interven.* Cui autem restitutio applicatur, eum obligari positum est recte, ac ideo subjectum Curatori æque necessum erit obligari ex ratione juris; at sine effectu alienationis. (1) Sed usu temporum vix est, ut alia quam naturalis obligatio e Minorum contractibus oriatur. Sand. 3. 1. 1.

6. (e) Pater porro non potest a filio stipulari, nec filius a Patre, quoniam a se ipsis stipulari viderentur propter vinculum & unionem Patriæ potestatis; * idemque de servis. §. *6. h. t.* Sed propter vinculum ejusdem potestatis filiusfamilias Patri & servus domino stipulari potest, cum alioqui nemo alii, in cujus potestate non est, recte stipuletur, *l.* 38. §. 17. *& l.* 45. *de V. O.* non stipulari, inquam, neque pacisci, *l.* 73. §. *ult. de R. J.* ne quidem Pater filio, *l.* 17. §. 4. *de Pact.* nisi filius sit heres Patri, *l.* 33. *eod.* quanquam & alias doli exceptio prodest filio, cui pacti exceptio negatur. *l.* 21. §. 2. *de Pact.* Sed stipulatio, quam Pater fecit filio, tota Patri adquiritur, quia stipulatio juris, pactum facti est, §. 4. *h. t.* qua de re explicatius agendum est *ad tit. ff. de Pact.* Hinc si quis sibi & amico stipuletur, pro parte tantum stipulantis valet obligatio; sed qui sibi aut Titio stipulatur, is totam sibi adquirit obligationem, Titii persona cum hoc tantum effectu adjecta censetur, quod ei, invito quoque stipulatore, in utilitatem tamen ipsius solvi possit; quæ facultas, lite cum stipulatore principali contestata, aut capitis diminutione personæ adjectæ, intercidit. (2) *d.* §. 4. *l.* 38. *in pr. & l.* 57. §. 1. *de solut.* Alioqui personam adjectam nec ultro petere, nec novare, nec acceptum ferre posse, ex eo liquet, quod stipulanti jus obligationis soli quæritur. *l.* 10. *de solut.* Ratio

(d) *Pos.* 11. (e) *Pos.* 12. *& seqq.*

autem

(1) *Eleganter & solide de hac quæstione disserit Zach. Huber. dissertationum* lib. 3. *dissertat.* 5. Cap. 1.

(2) *Si scilicet per capitis diminutionem statum in deterius mutaverit: nam si ad meliorem statum pervenerit, puta si, alieni juris cum esset, sui juris factus sit, adhuc ei solvi poterit.* l. 56. §. 2. ff. de V. O. *Vide Donell.* ad l. 55. de V. O.

* Nec in Saxonia Contractus inter filium & patrem, in cujus potestate est, subsistit, *a Dec. Fl.* 23. ad quam vid. Phil. *Obs.* un. atque ita pron. *Supr. Cur. Prov. Lips. Term. Cruc. A.* 1700. conf. dicta *ad t.* 9. *L.* 1. §. 2. *p.* 14.

Digitized by Google

autem quare alii per alium obligatio adquiri nequeat, redditur in §. 18. *h. t. Inventae enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque adquirat sibi quod sua interest. Caeterum, si alii detur, nihil interest stipulatoris.* Quae ratio Juris est magis civilis, quam naturalis; neque enim naturaliter quicquam impedit, alium p[...]um fieri locupletiorem.

S[...]OLIUM.

Vide Wissenb. ad tit. ff. de Pactis th. 18. *ubi in fine e Guidone Papa, Hotomanno, Christinaeo & aliis notat; moribus hodiernis, vel paciscendo, vel legem dicendo, vel stipulando, alterum alteri cavere posse, & ita subtilitatem jurisprudentiae Romanae esse sublatam.*

RESPONSIO.

Mercaturae causam in quibusdam casibus id est receptum: ut in cambiis, cum mercator stipulatur sibi, aut exhibitori literarum dari. Generaliter id ita esse receptum, non putamus; sed opus est cessione. Voet. ad §. 4. n. 2. *Sand.* de act. Cel. c. 2. n. 12.

N. ADDIT.

Pro Wissenbachii sententia facit Mevius P. 4. Dec. 112. n. 5. *Brunnem.* ad l. 25. ff. de Pactis n. 3. *Pro sententia Autoris, Hahn.* ad Wesenb. h. n. 4. in fin. *Carpz.* P. 2. C. 33. d. 26. 27. *Harpr.* ad §. 4. Inst. hic n. 4. *eumque ulterius adjuvat, quod nec hodie tertius nostro nomine donationem sine mandato vel ratihabitione nostra valide acceptare possit, Carpz.* P. 2. C. 12. d. 20. *Stryke* in Caut. c. 3. c. 9. §. 2. in fine. *Ergo jam sic distinctione conarer dissensum conciliare: Quatenus illa regula fundata est in jure gentium, quo quilibet regulariter curat negotia sua non aliena, eatenus haud dubie observatur in praxi, & huc pertinet casus de acceptanda donatione. Quatenus vero Romani eam regulam nimis subtiliter extenderant, ut olim per liberos homines nulla valeret adquisitio, ut tutor non posset nomine pupilli hereditatem adire, ut in cessione actionum etiam necessaria esset procuratio in rem suam &c. eatenus verior est sententia Wissenbachii.*

7. (f) Indicat autem praedicta ratio, quoties stipulantis interest, toties valere stipulationem, ut exemplo tutoris a contutore suo stipulantis rem pupilli salvam fore, & domini stipulantis Procuratori suo. & debitoris creditori, in §. 20. & locis παραλλήλοις, in *l.* 38. §. 17. & 23. *de V. O.* & *l.* 22. *C. de donat.* declaratur. Quod autem procurator Domino suo stipulatur, id dominus, ni cessio interveniat, petere nequit, *l.* 49. §. 2. *de adquir. vel amitt. poss.* nisi duobus casibus, 1. *ex re domini*. *l.* 68. *de Procur.* II. Si praesente domino *l.* 79. *de V. O.* stipulatus sit. Idemque in Procuratore militis *l.* 26. *de Reb. cred.* Qui praesunt aliorum personis aut rebus, officii sui ratione pro illis stipulari possunt, ut exercitor e contractu Magistri, & Dominus tabernae e contractu institoris, si ab his suum servare nequeant, agere possunt, *l.* 1. *in f.* cum *l.* 2. *de Instit. act.* ejusque exemplo, quod Procurator vendit, ex eo dominus agit & tenetur. *l.* 13. §. 5. *de action. empti*. Item e contractibus administratorum, actorum, tutorum, curatorum, datur actio civitatibus. *l.* 5. §. *pen. de pecun. constit.* Servus pupilli, aut publicus, aut quicunque a Praetore datur pupillo, solet rem ejus salvam fore stipulari. *l.* 2. 3. & 4. *in pr. Rem. pup. salv.* scilicet, ut actio utilis, non ut directa detur, *dd. ll.* adde cl. Wissenb. 1. *Pand.* 9. *th.* 18. Caeterum, quod subtilitate juris prohibitum est, id commento Jurcconsultorum reperit facultatem; si is, qui alii vult adquirere, in casum quo promissor non det, sibi poenam stipuletur, quam sua scilicet intererst sibi praestari. §. 19. *h. t.*

8. (g) Secunda inutilium stipulationum Caussa a rebus ipsis desumitur; quo pertinet primo, si promittatur res, quae non est in commercio, ut sacra, religiosa, publica, universitatis, liber homo; cujusmodi res non debentur, etsi postea coeperint esse in commercio, imo licet hac conditione promissae fuerint, si extra commercium esse desierint; quia, si prius in commercio fuerint, postea exemptae sint, irrita fit stipulatio. §. 2. *h. t.* Multo magis id de rebus quae plane in rerum natura non sint, capiendum, ut si quis hippocentaurum, vel phoenicem avem promittat, aut hominem jam mortuum, aliterve rem extinctam. §. 1. *h. t.* At si qua res non existat quidem, *fit* tamen, ut in scholis arguitur, hoc est, existere queat, illius promissio, veluti fructuum futurorum, subsistit, *l.* 73. *de V. O.* quod, si qualitas rei addatur, cujus natura capax non sit, idem erit, ac si res ipsa non esset, ut si modios centum tritici stipuleris, qui singuli pondo centum pendeant; ejusmodi enim neque stipulatio, neque Legatum valebit. *l.* 7. §. *ult. de trit. vin. vel ol. leg.*

SCHOLIUM.

Non modii, ut vult Glossa in casu l. 7. sed tritici grana; Ergo forte legendum singula. Id innuunt

(f) *Pos.* 16. & *seqq.* (g) *Pos.* 2. & *seqq.*

Digitized by Google

innuunt verba subjecta rationem decisionis continentia, quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non esset. Conf. Aut. ad h. t. de tritic. vin vel ol. leg. pos. 2. *Quid si ergo testator de modiis locutus fuerit? Legatum valere puto, quia determinatio modiorum dependet ab arbitrio humano.*

RESPONSIO.

Hæc crisis parum vehementer se probat; verba sunt d. l. 7. §. 1. Tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant: *quomodo ibi singula? Ut grana, de quibus nihil est dictum, subintelligantur? Tu tene modios, qui non possunt esse pondo centum in rerum natura: nam modius est tertia pars amphoræ, quæ fuit vas portatile. Proxime accedens, ut voce, ita quantitate ad id, quod nos een maet; nec enim modius ita sumitur apud Romanos, ut quantitas ejus pro arbitrio variet humano, quod* scholium *velle videtur.*

N. ADDIT.

Ego adhuc subsisto. Etsi enim durior sit emendatio, si loco, qui singuli, legas, quæ singula, suadet tamen adhuc talem emendationem ratio subjuncta in scholio descripta, cujus periphrasis ab Autore hic tradita, an vehementer se probatura sit genuinis legum interpretibus, dubito. Neque enim dixit JCtus, tales modios non esse in rerum natura, sed ejusmodi triticum. Etsi porro modius sit tertia pars amphoræ, amphora tamen, quod sit vas portatile, etiam est ex impositione hominum. Cæterum quantitatem modiorum æque variasse apud Romanos credo, ut apud nos, imo & amphoras. Et cum adeo tota mensurarum natura dependeat ab arbitrio humano, adhuc puto legatum ejusmodi valere, nec dici posse tales modios non esse in rerum natura, quod nec dixit JCtus.

Æque inutilis est rei nostræ stipulatio, sive absolute, sive in casum, quo nostra esse desinet, *d.* §. 2. quemadmodum nec rei alienæ stipulatio valet in eum casum, quo nostra futura sit, §. 22. *h. t.* quoniam id aliquo modo implicat, ut causa dominii adquirendi, qualis est stipulatio, contrahatur in casum dominii jam velut adquisiti.

9. (h) Præterea dationis aut facti alieni promissio non valet, quoniam, ut nemo præterquam sibi recte stipulatur, ita nec quisquam nisi a semet promittere potest, §. 3. *h.* quippe res ipsa monstrat, ejusmodi promissum, *spondeo Cajum tot aureos daturum*, esse elusorium, neque enim promissor tenetur, quia se non obligavit, *l.* 83. *pr. de V. O.* neque Cajus, siquidem alius per alium non potest obstringi. *l.* 3. *C. ne ux. pro mar.* Quod si factum dationemve alterius a sua persona suspenderit, veluti, se effecturum curaturumve ut alius det vel faciat, tum valide tenetur, *d.* §. 3. neque liberatur nisi reum locupletem offerat, quod si non præstet aliquem paratum solvere, judicium ipse accipere & satisfacere debet. * *l. ult.* §. 1. *de Reb. cred.* Cæterum, qui promisit per alium non fieri, quominus rem habere liceat, qui alium Judicio sisti, ratamve rem habiturum promisit, *l.* 38. *pr. l.* 81. *de V. O. l.* 73. *pr. de leg.* 1. non tam alienum, quam suum factum pollicitus intelligitur, *d. l. ll.* perinde qui alium constituit solutūrum, is non tenetur quidem, *l.* 5. §. 4. *de pec. constit.* sed qui alium constituit pro se fidejussurum, is tenetur, quia suum factum constituit, nempe se daturum sponsorem. *l.* 14. §. 2. *d. t.* Plane de re turpi non valere promissionem, tralatitium est, §. 24. *h. l.* 26. & *sequ. de V. O. l.* 7. §. 3. *de Pact.* quod non modo ad ea, quæ jure gentium, sed & jure civili prohibita sunt, pertinet, etsi jusjurandum intervenerit. *l.* 5. *C. de LL.* Et quidem ipso jure nullam esse rei turpis promissionem, dicunt *textus citati*. Ejusmodi est conventio de successione viventis, quo votum alienæ mortis & festinatio contra jus gentium intendi videtur, *l.* 61. *de V. O. l. ult. C. de Pact.* nisi ille, de cujus successione alii paciscuntur, consenserit, ac in eo consensu usque ad mortem perseveraverit, *d. l. ult.*

10. (i) Tertia inutilium Stipulationum caussa petitur a forma illarum, tam externa in conceptione verborum, quam interna in consensu utriusque consistente. Hunc quod attinet, commune id stipulationi cum aliis est, quod dissensus in substantia contractus eum reddit vitiosum, *qualis est, si de alia re stipulator senserit de alia promissor*, §. 22. *h. l.* 83. §. 1. *l.* 137. §. 1. *de V. O.* aut si quis cum Titio se rem habere putans, Cajo promittat. *arg. l.* 9. *in pr. de hered. inst. l.* 1. *de jud.* Secus esse juris, si in nomine vel stipulatoris vel rei promissæ sit error, clarum est & docetur in *l.* 32. *de V. O.* Imo licet in materia aut qualitate sit erratum, veluti æs si fuerit, aurum quod putabatur, valet stipulatio, *l.* 22. *de V. O.* quanquam emptio venditio

(h) *Pos.* 6. 7. & 8. (i) *Pos.* 20. & *seqq.*

* Conf. *Dec. El.* 41. Atque ita in casu, quo quis in alienationem feudi, se Domini consensum præstaturum esse dixerat, *Fac. Jur. Lips. m. Nov.* 701. It. quo quis Caji ratihabitionem anzuschaffen promiserat, *Sepr. Cur. prov. Lips. term. Trin.* 704. *pronunciavit*, vid. Menck. *ad h. t.* §. 2.

Digitized by Google

ditio ejusmodi errore vitiatur. *l. 9. §. ult. de contrah. empt.* Rationem differentiæ, petitam a discrimine actionum bonæ fidei & stricti juris, refellit *l.57.de O. & A.* & quod in pignore, licet bonæ fidei contractu, §. 28. *I. de action.* idem quod in stipulatione obtineat. *l.1. de pignor. act.* Rectius dixeris, in venditione pretium rei conveniens deberi; proinde, ut is, qui pro auro pecuniam promisit, æs pro illa accipere teneatur, enorme erat: in stipulatione, quia pretium non datur, potius interest stipulatoris æreum habere vas quam nullum. Quæ ratio non evertitur per ea, quæ suggerit Cl. Wissenb. *disp. ad Inst.35.th.6.* Hæc ratio, cujus auctorem laudat Donellum, ex iis, quæ supra de stipulationibus dicta sunt, *facile*, inquit, convellitur, ubi ostensum, stipulationem pendere ex negotio contracto, & aliis obligationibus firmandis adjici solitam. Enimvero fit quidem ita, ut stipulatio contractibus aliis ipsique adeo emptioni accedat, verum si nihil quam confirmationem faciat, tum nullam præstationem novam adfert, neque mutat naturam emptionis venditionis. Ideoque res loquitur, quando stipulationem opponimus venditioni, non intelligi stipulationem, quæ est accessio venditionis, sed quæ donandi aliave simili causa interponitur.

11. (k) Denique ad consensum pertinet, quod impossibilis conditio adjecta stipulationi illam vitiat, ut & alios omnes contractus, §.11. *h.l.31.de O. & A.* ubi & ratio redditur, *quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.* Sed quare non testatoris ea perinde cogitatio creditur, ut nihil agi velit, cum impossibilem ponit conditionem, secus ac alias dictum ad §.10. *supra de hered. instit.*? Videtur, quod suprema declaratio facta in testamento, minime irrita habenda sit ob adjectionem quamvis ineptam: Atqui promissio & acceptatio hinc inde facta sub conditione, quæ fieri nequeat, conjungi & colligari non potest, sed abit in jocum, qui in homine moribundo actumque tam solennem ordinante, quique nihil cum alio, sed omnia solus agit, intelligi nequit. Hæc autem ita, si tota conditio in genere suo ἐκ τῶν ἀδυνάτων fit, non si res ipsa possibilis existens aliquid sibi repugnans contineat, ex quo præpostera stipulatio dicatur, veluti, *si navis cras ex Asia venerit hodie dare spondes?* Nam licet absurdum videatur, ante conditionem, id est prius quam obligatio nascatur, donationem velle fieri, tamen qui promittit: *si navis cras venerit*, ille tenebitur vi stipulationis heri factæ, §.14.*h.l.25.C.de testam.* ubi & in ultimis voluntatibus hoc obtinere statuitur. Simile exemplum est in *l.64.de V.O.* Stipulatio, *si Titius Consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes*, non modo valet, sed conditione existente, inde a die stipulationis recte petentur pensiones, quod repetitur in *l.126.eod.tit.* Scilicet, etsi verba in hisce perplexari videntur, mens tamen contrahentium, quominus effectum habeat, nihil impedit.

SCHOLIUM.

Mallem has dicere præposteras, per l.25. C. de Testamentis. *Ubi dispositum, quod & in testamentis valere debeant, ut Auctor quoque notat. Perplexæ exemplum cape* ex l.16. de cond. instit. *quæ uti testamentum vitiat, ita multo magis stipulationem. Quænam vero sit differentia inter perplexam & præposteram, conferenti utriusque exempla facile patebit.*

12. (l) Stipulationem factam sub conditione, *si voluerit debitor*, inutilem esse, docet Ulpianus in *l.46.§.ult. de V.O.* sed, *cum volueris*, ita factam valere, docet idem §. *preced. penult.* Rationem reddit in *l.17. eod.* Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata *conditione*, quanquam alioquin inter *si* & *cum* nihil interesse dicitur. *l.45.§.3.eod.l.* (3) Quid autem hic in eventu practico interest, quem semper juris studiosum in conspectu oportet habere, ne inania verborum, quo nihil ab arte Juris alienius, sectetur? Existimo, si is, qui promisit, *cum voluero*, une nova stipulatione & absente quoque stipulatore profiteatur, se velle solvere, tum actionem esse natam; quæ, ubi dixisset, *si voluero*, non nasceretur. Hoc ita, si stipulatio sit donationis causa, non si adjecta sit alii puro contractui; tunc enim post mortem promissoris omnino datur actio. Sand. 3. 9. 1.

13. (m) Huc denique & illud pertinet, quod stipulatio sine causa, hoc est sine habili negotio ad contrahendum non valet; nec enim hoc est speciale verborum obligationi, sed exceptio doli hoc respectu generalis est, *l.2.§.3 de dol. mal. & met. except.* nec adeo ex instrumentis obligationum, quæ causam non habent, jus dicitur, nisi causa aliunde probetur aut præsumatur. Carpzov. *def. for. p. 1. Const. 17. def.* 35. *l.*

(k) *Pos.* 26. (l) *Pos.* 27. (m) *Pos.* 28. 29. & 30.

(3) *His adde Averan. interpret. lib. 1. Cap. 23.*

Digitized by Google

35. *l.pen. de fid. instrum.* Sponsiones tamen de rebus futuris non turpibus, causa non carent, ut putat Herbaj. *c.* 1. *rerum quotid.* sed contentio illa de re licita sat causæ est quam stipulatio mutua sequitur. *l.*108.*de V.O.* Sand. 3. *decis.t.*9. *def.*1. Huc referendæ adsecurationes hodie usitatæ inter mercatores, quibus aliquis in se recipit periculum alienarum mercium pro certa mercede: nam est sponsio hæc incerti eventus, sub stipulatione certæ pecuniæ, qua de re vid. Grot. 3. *Manuduct. c.*14.

14. (n) Ratione formæ externæ specialis vitiatur stipulatio, si interrogatio & responsio non conveniant, aut si in continenti ac inter præsentes factæ non fuerint. Discrepantia vel dividua est, ut pro parte conveniant, partim differant stipulatio sponsioque; vel individua, ut totam obligationem æqualiter adficiat. Illius exemplum, si quis plures res stipulatione complexus sit, quarum alter aliquas tantum promittit, tum quod ad has contrahitur obligatio; nam qui simpliciter respondit, de omnibus tenetur. §.18.*h.* Item qui stipulanti decem quinque promisit, quoniam dividua hæc est summa, de quinque tenetur, *l.*1.§.4.*& l.*83. §.3. *de V. O.* secundum quæ loca explicandus aut supplendus §.5. *in pr. h.t.* Malim enim ita, quam ἀντινομίαν statuere, quod faciunt Hotom, *h.* & Corasius *ad d.l.*1. Ant. Matthæ. & Cl. Wissenb. *ad h. tit.* Verum si quis pure stipulanti conditionaliter respondit, aut in diem, vel viceversa, quoniam hæc inæqualitas dividi nequit, id quoque totam vitiat obligationem, *d.* § 5. nisi diversitas responsionis illico a stipulatore admissa sit. *d.l.*1.§.3. (4)

15. (o) Id jam nihil necesse monitu est, verba utrinque requiri; adeo, ut si quis promiserit, non præcedente interrogatione, is non obligetur, ne quidem postquam solennitas verborum sublata est, quia tamen adhuc verba requiruntur; licet aliter in pacto, ut supra dictum: nihilominus, si in instrumento sit scriptum aliquem promisisse, perinde est ac si additum esset, interrogatione præcedente fuisse responsum, quod præsumptione suppletur, §.17. *h* quæ tamen per contrariam evidentissimam probationem convelli potest. *l.*7.§.12. *de Pactis.* Verborum commutatio insuper partium præsentiam ponit. Nam inter absentes facta stipulatio per epistolam aut nuntium, nullius momenti est. §.12.*pr.h.l.*1.§ 1.*de V.O.* Quanquam, si scriptum in instrumento reperiatur partes fuisse præsentes, huic scripturæ fidem habeamus, quandiu contrarium per alia instrumenta testesque validius non evincitur, *d.*§. 12. quod faciet, qui docuerit se aut adversarium eo tempore, quo in instrumento scribitur promisisse, alio loco fuisse. Hoc enim modo indirecte is etiam, qui factum negat illud probare potest; cum alioqui per rerum naturam negantis nulla sit probatio, si tempore locove, quod objicitur, non sit circumscriptum. *l.*23.*C.de probat.* Mornacius ad *l.*18.*C. de probat.* Sed de fide instrumentorum modoque probandi, alius dabitur locus. Denique responsio in continenti rogationem subsequi debet, *l.*137.*pr.deV.O.* sic tamen ut modicum intervallum, ne quidem a mane ad vesperam non officiat, si modo alius actus non interveniat. *l.*1.§.1.*eod. d.l.*137. *f. pr.*

16. (p) De stipulatione; *cum moriar, vel cum morieris, aut post mortem alterius*, vide §.15. *&* 16.*h.* & ea quæ de Legatis hoc modo relictis dicta sunt pridem, *ad* §.*penult. de Legat.* ista enim hactenus nihil a contractibus differunt.

17. Denique & hoc ad modum Stipulationis pertinet, quod superius est dictum, spem quoque obligationis, quæ conditione suspensa est, transire ad heredem, non tantum ut heres stipulatoris agere, sed etiam ut promissoris heres conveniri possit, §.25.*h.t. l.*57. *de V.O.* Præterea, sicut is, qui in tempus promisit, veluti hoc anno aut hoc mense, non nisi omnibus anni vel mensis partibus præteritis ad solvendum tenetur; ita, qui simpliciter absque mentione temporis promisit, confestim potest conveniri, §.2.*supra de verb. obl.* sed hoc tamen civiliter accipiendum est, ut actor tantum duntaxat temporis concedat reo, quantum ad traditionem aut solutionem pro conditione rei debitæ commodoque debitoris faciendam requiritur. §.*ult h.t.* Est enim incivile, creditorem statim adire debitorem cum sacco, ut ait Paulus in *l.*105.*D. Solut.*

(n) *Pos.* 31. (o) *Pos.* 32. *& seqq.* (p) *Pos.* 35. *&* 36.

(4) *Mallem cum Cujacio ad* l. 1. de V. O. *dicere, stipulationem penitus esse inutilem, si stipulanti decem quinque promiserit aut viceversa, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit, ita ut ad hanc exceptionem aptandus sit* §. 4. l. 1. de V. O. *quod colligi potest ex* l. 3. *ejusd.* l. 1. *circa fin. Quod si quis pure stipulanti conditionaliter responderet, aut viceversa, ita vitiata erit obligatio, ut nequidem valeat, licet diversitas illico stipulatori placuerit. Huc facit locus Caji Instit.* lib. 2. tit. 9. § 10. & 11. l. 13. §. 1. de V. O. *quam Auctor pro stabilienda sua sententia attulit, nihil pro eo facit, agit enim de casu, ubi interrogatus de* 10. *vel* 20., *respondit se daturum* 10., *quo casu valet stipulatio, quia perinde est ac si de* 10. *tantum interrogatus fuisset. Vide Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 5. h. t. n. 2. & 1.

TIT. XXI.

De Fidejussoribus.

I. Quid fidejussio & ejus affinia. II. In quibus causis interponi queat. III. Dari civiles quasdam causas in quibus fidejussiones receptæ non sunt. IV. Requisitum fidejussionis, ne sit gravior obligatione principali, explicatur. V. Effectus fidejussionis. VI. Beneficia fidejussorum, ubi de beneficio excussionis. VII. De beneficio divisionis. VIII. De beneficio cedendarum actionum. IX. Quando in fidejussorem actio detur & in quantum. X. Fidejussorem invito creditore liberari non posse nisi per solutionem. XI. An debitor cogi possit ad alium fidejussorem in locum prioris non idonei dandum. XII. An fidejussor agere queat ante solutionem. XIII. Qui possint fidejubere.

(a) STipulationibus merito subjicitur *Fidejussio*. Etenim Fidejussor est, qui stipulanti creditori spondet, absque novatione, sua fide & periculo fore, quod alius ipsi debet. Fit ergo per stipulationem fidejussio, §.1. *Inst. de V. O.* qua in re differt a mandato, quando quis alii suo periculo credi mandat, quod solo consensu fit, alioqui usum per omnia similem habent, *l.32. mand.* ut tamen in eo quoque differant, quod mandator obligationem præcedat suoque nomine teneatur, neque solvente reo aliter quam per exceptionem liberetur, quia suo ex contractu potest conveniri, *l.28. Mandat.* at fidejussor nomine duntaxat alieno obligatur, *l.1.§.8. de O. & A.* unde reo principali solvente, liberatur ipso jure. *pr. Inst. Quib. mod. toll. oblig.* Per stipulationem differt etiam Fidejussor a Constitutore, qui pro se vel pro alio intercedit nudo pacto, ut in loco dicetur. Per verba *absque novatione*, distinguitur ab expromissore, qui principalem penitus liberat & solus tenetur. *l.ult. ad Sc. Macedon.* Fidejussor dicitur Adpromissor in *l.5.§.2. de V.O.* quia se promittendo alii debitori adjungit, non alium eximit, ut facit Expromissor. Illi omnes, & inprimis Fidejussores, accipiuntur a creditoribus, *dum curant ut diligentius sibi cautum sit*, ait Imp. *in pr.h.t.* Major quidem securitas & certitudo est in pignoribus, ut habetur in *l.25. de R.J.* sed institutum fidejussorium est commodius, siquidem pignora tam debitoribus ad cavendum, quam creditoribus ad custodiendum molesta sint, nec absque periculo. adde Wissenb. *disp. 34. ad Inst. th. 7.*

2. (b) Fidejussores in cunctis obligationibus dari possunt, sive re, sive verbis, literis, sive consensu contractæ fuerint, imo seu civiles seu naturales fuerint, ait Imp. in §.1.*h.t.* Denique & in obligationibus ex delicto, *l.8. §.5. & l.6.§.ult.h.t.* scilicet pro pœna maleficii pecuniaria, non in gratiam delinquentis, ut docetur in *l.70. §. ult. de Fidej.* non etiam si agatur ad pœnam corpori infligendam. Potest quidem Judicio sistendi causa dari Fidejussor, qui sub pœna pecuniaria recipiat reum se stiturum *l.1. & seqq. de Custod. & exhib. reor.* sed ut eventum judicii, quod ad mortem vel cruciatum corporis tendit, quisquam nomine alieno suscipiat, id civili & naturali rationi adversatur; Civili, quia Reipubl. interest maleficos ipsos, non alios pro illis affici supplicio; Naturali, quia nemo sibi vitam auferre potest, non modo non manu, sed etiam conventione nihilo magis. Pertinet huc quod ex *l.13. ad L. Aquil* notum est, neminem esse dominum membrorum suorum, neque vitam vel corporis incolumitatem esse res, quæ sint in commercio. Veteres Gentilium secus opinatos fuisse, e permissa ἀντοχίας Damonis & Pythiæ, (Val. Max. *l.4.c.7.in ext.*) item Codri, Deciorum, plurimisque obsidum interfectorum exemplis constat, quanquam horum diversa ex jure belli ratio reddi posse videtur. De obligatione, qua quis se pro alio obligat ad carceres, vid. Bachov. *not. ad Treutl. vol.2.disp.28.th.4. lit.F.* Verius autem est, nec ad vincula nec ad exilium quemquam obligari posse, quod & Constitutione Imperiali prohibitum de anno 1577. *sub. tit. 17.*

3. (c) Quin & Civiles quædam causæ dantur, in quibus fidejussiones receptæ non sunt. Qualis est popularis actio, *l.56. in fin.h.t.* forte eadem ratione & limitatione quam indicat *l.5. de popul. act.* quod non intersit actoris pecunia-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. (b) 4. 5. & 6. (c) *Pos.* 7. 8. 9. & 10.

niarie; verum quia Rei semper interest, ideo sicut ille procuratorem dare potest, ita quoque fidejussor ab eo datus obligabitur. Præterea Lex, qua vir uxori fidejussorem dotis servandæ causa dare solebat, abolita est in *l.* 1. *&* 2. *C. ne fidejuss. vel mand. dot.* Ex quarum sententia prodicendum videtur, ne quidem si a maritis sponte dentur, valere eorum obligationem, ut recte Perezius ad *d. tit.* Pignoratitia tamen cautio, stante matrimonio, non prohibebatur, *l.* 7. §. 6. *de don. int. V. & U.* sc. fidejussoris exactio non caret contumelia, *l.* 17. §. *ult. de Testam. tut.* (1) Jure novo pignoratitia cautio nomine dotis est supervacua, quia uxor hodie tacitam habet hypothecam in bonis mariti *l. un.* §. 1. *&* 15. *C. de rei uxor. act.* Denique fidejussio neque in obligatione mere civili valet, ut stipulatione metu dolove extorta, vel sine causa contracta per *l.* 3. §. 1. *de pec. constit. l.* 14. *de compensat.* Neque in ejusmodi mere naturali, cujus jure civili nullus est effectus, * ut quæ a pupillo, furioso prodigove contrahitur, *l.* 6. *de V. O.* quanquam si adversus hosce teneat obligatio, veluti cum ex Re venit, *l.* 46. *de O. & A.* fidejussio nihilominus valet, *l.* 25. *h. t.* si modo ita solvi potest ille nodus, quo committitur citata *l.* 6. *de V. O.* cum *d. l.* 25. (2).

SCHOLIUM.

Conciliare hic studet d. l. 6. *cum* d. l. 25. *Sensus vero est: Pupillus, furiosus, prodigus, vel obligantur naturaliter, vel non obligantur. Obligantur ex quasicontractu, seu quoties obligatio ex re provenit. Non obligantur, si v. g. promiserint aliquid. De illo casu loquitur* d. l. 25. *de hoc* d. l. 6. *Wissenb.* ad ff. h. t. th. 7. *Sed ipse Autor dubitat, conciliationem istam tollere antinomiam. Nec sine causa. Nam* 1. *verba* d. l. 25. *quoniam his mandati actio non competit, innuunt, Marcellum etiam statuisse, fidejussorem posse accedere promissioni pupilli vel prodigi.* 2. *Falsum est pupillum non obligari ex promisso naturaliter, per ea quæ supra* ad Tit. de oblig. posit. 3. *Autor docuit. Quod si dicas,* l. 6. *loqui de obligatione naturali ex promisso veniente,* l. 25. *vero de civili ex quasicontractibus, quorsum videtur inclinare, urgebo præter primam responsionem, etiam* §. 1. Instit. de Fidejuss. *ubi dicitur, fidejussorem quoque naturali obligationi accedere posse. Fuit ergo probabiliter dissensus inter Marcellum & Ulpianum. Sed Imperator Marcelli sententiam videtur approbasse* d. §. 1.

RESPONSIO.

Malo jam tenere responsionem, quam concise positioni 10. *insertam non advertit* D. Thomasius. *Fidejussorem pro pupillo promittente simpliciter obligatum, non teneri, nisi id actum sit, ut si pupillus eluderet creditorem jure pupillari, hoc casu fidejussor solveret, ut de minoribus scriptum est in* l. 13. in pr. de minor. *Si cum* scirem minorem & ei fidem non haberem, non est æquum fidejussori in necem meam subveniri, *cum tamen & alibi scriptum sit fidejussorem pro minore simpliciter datum non teneri,* l. 51. in pr. de Procurat. l. 89. de Acquir. hered.

N. ADDIT.

Igitur jam ostendendum nec illam responsionem procedere, quia JC. in d. l. 25. fundat se in ratione generali, quoniam fidejussoribus non competit mandati actio; *ergo ista restrictio de fidejussore in hoc ipsum dato, non fuit in mente JCti. Et imo regulariter quoties minor fidejussorem dat, in hoc ipsum dare solet, unde nec hæc circumstantia tanquam specialis poterit pro medio conciliandi afferri. Cæterum textus ab Autore adducti illustrant observationem meam, sc. in hac quæstione JC. Pandectarum a se dissensisse imo nec Ulpianum semper hac parte sibi constitisse.*

4. (d) Requisitum quoque fidejussionis est, ne sit in majorem summam concepta aut gravior tempore, causa, loco, quam ipsa obligatio licet in minus & onere laxiori recte contrahatur, siquidem absurdum forer plus in accessione quam in re principali contineri; sed minus in accessione haberi non repugnat rationi, ut Cæsar ratiocinatur in §. 5. *h. t.* cui adde *l.* 8. §. 7.

(d) *Pos.* 11.

(1) *Confer Hi. Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 1. h. t. n. 2.

(2) *Vide hic omnino Joseph. Averan. interpret.* lib. 2. cap. 7. *ubi citatam* l. 25. *de fidejuss. clare & solide explicat.*

* Fidejussor ergo Mulieris sine Curatore contrahentis, non obligabitur per ea, quæ supra ad Tit. XIV. hujus libri monuimus. Licet enim eum ex sua fidejussione teneri, Mollerus ad P. 2. C. 15. *n.* 17. Carpz. *ad eand. def.* 7. *& in Tractatu de Jure foeminar. sing. dec.* 111. *pos.* 3. *n.* 13. Philipp. *Obs. Pr. Inst. L.* 3. *Ecl.* 60. *n.* 11. Hering. *de fidej. c.* 10. *n.* 3. Wibel. *de Contr. Mul. c.* 5. *n.* 10. Stryk. *de Cautel. Cont. sect.* 1. *c.* 2. §. 30. aliique asserant, rectius tamen negativæ sententiæ accedere videntur Berlich. P. 2. *Concl.* 37. *n.* 113. Brunnemann. *ad l.* 6. *ff. de fidej. n.* 4. Mevius ad *Jus Lubec. L.* 1. *t.* 10. *art.* 1. *n.* 34. conf. Pantschmann. *l.* 2. *qu.* 5. Joh. Sam. Stryk. *de Jure singul. fœmin. Hamburg. c.* 2. *th.* 24. quoniam Contractus Mulierum absque Curatore initus, nullitatis vitio laborat, *v. L.* 11. *L.* 14. *& L.* 46. *ff. de fidejuss.* & exceptiones principali competentes regulariter etiam fidejussoribus prosunt, *l.* 7. §. 1. *L.* 29. *ff. de except. L.* 32. *ff. de fidej.* ac exceptio SCti Vellejani quoque fidejussori haud denegatur, *L.* 16. §. 1. *ff. ad SCtum Vellej. L.* 14. *& L.* 15. *C. eod.* conf. Mich. Henr. Gribner. *Dissert. Publ. de fidejussione mulieris sine curatore contrahentis.* Lips. a 1703. hab.

Digitized by Google

§. 7. & 8. *eod.* Ex qua discimus, quomodo accipienda sint verba *d.* §. 5. fidejussores ita accipi non possunt, ut plus debeant &c. Textus *in d.* §. 7. *Placuit eos omnino non obligari*, ait; idque ratio validius firmat, quæ est in *d.* §. 8. quia in aliam plane obligationem accepti videntur; Si quis enim fidejubet in ducentos pro eo, qui centum modo debet, is non potest intelligi pro illo fidejubere, quia non est verum, quod ille in ducentos sit obligatus; proinde in diversam obligationem acceptus videtur, *d. l.* 7. §. 8. sed qui quinquaginta spondet pro amico qui centum debet, is recte pro illo intervenire dicitur, quoniam is, qui in centum tenetur etiam in quinquaginta obligatus est *l.* 83. §. 3. *de V. O.* Cæterum sicubi fidejussor principali debito ita se adjunxerit, ut nullo modo dubitari possit pro qua obligatione intercesserit, velut si in uno instrumento principalis & fidejussoria obligatio collocata sit, quis diceret ob fortuitum in summa exprimenda errorem, totam collabi obligationem? Vid. Groenew. *ad. d. l.* 8. idque, nisi fallor, sentiunt, qui dissentiunt, quos inter Perez. *ad tit. C. de fidejuss.* & Duar. *ad tit. D. de fidejuss. c.* 3. quorum argumentis tamen respondet D. Wissenbach. *parte* 2. *Pand. disp.* 27. *th.* 10. Facit huc, quod de constituto traditur in *l.* 11. §. 1. *de pec. constit.* eum qui centum debet, si ducentos constituat, in centum obligari, quia constitutum non tam est obligatio accessoria, quam repetitio præcedentis & adsignatio solutionis, ut diversa nullo modo videri queat; unde & ei, qui non est creditor, ex constituto debetur, *l.* 5. §. 2. *eod. tit.* quod de obligatione plane diversa juris ratio non pateretur: videtur hæc esse media via inter utramque sententiam, qua nullo modo quidam volunt obligari fidejussorem, (3) alii indistincte in concurrentem. Nec dubitem, quin cum hoc temperamento accipiendum sit, quod pragmatici in foro ad concurrentem teneri tradunt fidejussorem, qui se gravius, quam principalis reus est obligatus, devinxit, teste Vinnio *ad hunc* §. 5. Sed quod D. Voetius *heic* a Pragmaticis statui scribit, fidejussorem quoque supra debitum principale teneri, nullam videtur habere rationem. Neque enim ratio est ea quam adducit, quod hodie ex pacto nascitur obligatio & actio. Nam etsi quælibet hodie conventio parit actionem, causam tamen oportet habeat aut animum duntaxat donandi, at fidejussor, qui pro debitore in majorem summam ac ille debeat spopondit, neque ex causa id facit, quatenus egreditur summam principalem, neque donandi habet animum, quia fidejubere cupit, nec aliud sibi quicquam proponit. Denique, si tantum in eo sit discrepantia, quod fidejussor spoponderit in plus quam rogatus erat, non in graviorem causam ac ipse principalis erit obligatus, tum nihilo magis vitiatur fidejussio, quam stipulatio quævis, ut *ad* §. 5. *præced. tit.* dictum; Enimvero nihil est dubii, quin ad summam concurrentem obligatio tum sustineatur, idque de fidejussione diserte traditur *in l.* 33. *D. Mandati*. (4)

5. Effectus fidejussionis idem est, qui reliquarum obligationum, ut confestim adversus eum, qui spopondit actio detur, æque ac adversus principalem, ita ut libero creditoris arbitrio relinquatur, utrum ex illis priore loco conveniri velit; itemque si plures sint fidejussores quia singuli pro toto debito spoponderunt, singuli etiam in solidum tenentur. §. 4. *h. t.* §. 2. *l. de Mandat. l.* 14. & 24. *C. de pignor. l.* 2. 5. & 19. *C. de fidejuss.* *

6. (e) Sed quia fidejussorum usus in Republ. necessarius & tamen valde periculosus est, ut oracula sacra, *cap.* 20. *v.* 16. & *c.* 27. *v.* 13. *Proverb.* nec non profana, ut Delphicum, *ἐγγύα, πάρα δ' ἄτη*, commonefaciunt; idcircò ad minuendum hoc periculum, ne nimium homines deterreantur, certa beneficia Legibus novissimis prodita sunt, numero tria. Primum usu, licet inventione ultimum, est beneficium Ordinis sive Excussionis: quo fidejussor id consequitur, ne conventus solvere cogatur an-

(e) *Pos.* 12. 13. 14.

(3) *Et merito, uti hanc sententiam latius exponit Averan. interpret.* lib. 2. cap. 3. *nec quoque est ut temperamentum, quod Auctor hic suggerit, admitti possit, non enim propter fortuitum errorem in instrumento commissum collabitur obligatio, sed propter vitium in ipsa acceptione fidejussoris (quæ verbis fit) commissum. Nec argumentum* l. 11. §. 1. & *aliorum sub tit. de pe*cun. constit. *stringit, non enim agunt de eo, qui accessorie & pro alio se obligat, quod facit fidejussor, sed de eo qui pro se constituit, qui proinde non accessorie obligatur.*

(4) *Hoc quoque casu vitiatur fidejussio, quandoquidem stipulatio non teneat, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit, uti observatum fuit ad tit.* præced. n. 14. *nec* l. 33. *mand. contrarium probat, non enim agit de fidejussore qui fidejussit in majorem summam quam interrogatus erat a creditore, sed de eo, qui a debitore, qui v.g.* 30. *debebat, rogatus ut in* 5. *fidejuberet, a creditore interrogatus an* 10. *fide sua esse juberet,* 10. *fide sua esse jussit. Quo casu quærit J. C. an & quatenus adversus debitorem habiturus sit mandati actionem.*

* Effectus fidejussionis etiam heredes fidejubentis tangit, qui etiam in Saxon. pro rata hereditaria obligantur; licet eorum nulla in instrumento fidejussionis sit facta mentio. *P.* 3. *C. El.* 20.

Digitized by Google

antequam debitor principalis fuerit excussus, *Nov.* 4. *c.* 1. quod beneficium datur quoque tertio possessori hypothecæ creditori obligatæ, ut priusquam ille pignus tradat, primum debitor principalis, dein sponsores penitus excutiantur, *c.* 2. *d. N.* 4. nisi hypotheca specialis pendente lite alienata fuerit, quo casu creditor adversus hypothecæ possessorem confestim agere potest. *N.* 112. *c.* 1. *vers. si autem hoc.* Excusso igitur debitore principali neque solvendo reperto, fidejussor cum effectu convenitur. Imo statim, si excussionis termini habiles deficiant; velut, si debitor absit procul, *d. Nov.* 4. aut palam constet eum non esse solvendo, de quo Perez. *ad tit. C. de fidejuss. n.* 22. denique, si renuncietur huic beneficio. Imo etiam, si fidejussor ut debitorem principalem se obligarit, Doctores volunt eum perdere beneficium ordinis, teste Gail. 2. *Observ.* 28. Fachin. 6. *controv.* 54. Quod tamen an ex ejusmodi simplicibus verbis recte deducatur, merito dubites, utpote quibus nihil quam quod fidejussor æque in solidum atque debitor principalis est obstrictus, continetur, qua ratione is, qui soluturum se juravit, nihilo magis huic beneficio renunciasse videtur; adsentiente Fachinæo 3. *controvers.* 15. Dicendum potius, renunciationem debere esse expressam, ** ita ut clare liqueat, renunciantem bene intellexisse cui juri renunciaverit, quæ est ratio, quod *in l.* 4. §. 4. *D. si quis caution. in jud. sist. caus. fact. non obtem.* generalis renunciatio non valet, quia de ejusmodi casibus illic agitur, qui prævideri non possunt; alioqui cum renuncians bene guarus est rerum juriumque specialium, nihil causæ est, cur necesse sit exprimi nominatim singulas species.

7. (s) Alterum beneficium est *divisionis*, quod datur singulis e pluribus fidejussoribus, etiam constitutoribus & mandatoribus, *l. ult. C. de Const. pec.* ne unus in solidum, sed quisque pro sua parte dumtaxat teneatur, ex epistola D. Hadriani, §. 4. *h. t. l.* 26. *eod.* quatenus scil. omnes solvendo sunt tempore litis contestatæ; Nam si prius aliqui facultatibus sint lapsi, id reliquos onerare, cessante beneficio divisionis, scribit Justinianus in *d.* §. 4. Quod lite contestata secus est; id quasicontractui, qui litis contestatione committitur. *l.* 3. §. 11. *de Pecul.* adscribendum: ipse creditur tunc fidejussorem a se conventum elegisse eumque novum Reum accepisse videtur. *l.* 11. *de Novat. in pr.* Primus igitur casus, quo cessat beneficium divisionis, is est, si unus aut aliqui ex fidejussoribus ante litem contestatam desierint esse solvendo, quem diximus. II. Est, si quis cum muliere fidejusserit, quia mulierem scit intercedere non posse. *l.* 48. *in pr. ff. h. t.* III. Quando minor per restitutionem in integrum sponsioni subductus est, si minor *ante eum* intercesserit, is hoc beneficio non gaudet, alioqui non excluditur. *d. l.* 48. §. 1. IV. Qui pro tutore ad indemnitatem pupilli fidejussit, non fruitur beneficio divisionis, quod in favorem pupillaris ætatis placuit. *l. ult. Rem pupilli salvam fore.* V. Negatur hoc beneficium *infitiantibus*, qui in judicio negare sustinuerunt se fidejussisse. *l.* 10. §. 1. *h. t.* VI. Qui renunciavit, ut fit sæpissime moribus hodiernis. Atque hi casus excepti, rursus habent exceptionem, nisi creditor ab singulis fidejussoribus partes petierit, tum actionem, quam in solidum poterat instituere, ultro ipse divisisse videtur, *l.* 16. *C. h. t.* verum ab uno partem petendo sibi non præjudicat, quominus, quod ab eo non consequitur, a reliquis petere possit, *l.* 23. *C. eod. tit.* extra quam, si is cum quo agere cupit, ante litem contestatam solvendo esse desierit, *ut dicere occupavimus*.

8. Quod si fidejussorum unus solidum solverit, neglecto, vel prius renunciato divisionis remedio; is adversus confidejussores nullam habet actionem. *l.* 39. *de fidejussor.* Ideo Tertium est beneficium Cedendarum actionum, quo fidejussor, qui beneficio divisionis uti nequit, facta renunciatione, vel quod eo non cupiat uti, poscit, ut creditor, antequam solvat, sibi cedat actiones, quas creditor habet adversus fidejussores, qui tum pro suis partibus expensas illi refundere debent, *l.* 17. *l.* 36. *l.* 39. *h. t. l.* 11. *& l.* 14. *C. eod.* modo animadvertatur, ut cessio fiat ante solutionem vel in ipso actu solvendi, aut pactum saltem de cessione facienda, dum fit solutio, adjiciatur, *d. l.* 36. &

(s) *Pos.* 15. 16. 17. *& seqq.*

** Constitutio Elector. 17. P. 2. requirit renunciationem specialissimam, qua quis aut singula, quibus renunciare cupit fidejussorum beneficia commemorat, aut unum, e. g. beneficium divisionis exprimit, & reliquis simul omnibus se abdicat vid. Carpz. *ad d. C. def.* 1. 2. Non tamen exacte requiritur, ut fidejussor prius specialiter ac postea generaliter renunciet, sed inversus quoque renunciationis ordo, e. g. renuncio omnibus beneficiis, mihi tanquam fidejussori competentibus, & in specie beneficio divisionis, ipsum ab usu reliquorum excludet, Carpz. *h. l. d.* 2. Sed sicuti hæc specialissima commemoratio & renunciatio Jure Communi non est necessaria, vid. Mev. *P.* 9. *Dec.* 154. Schilter. *ad ff. Ex.* 41. §. 29. ita etiam in Saxonia Communi eam haud videas desiderari vid. Carpz. *l. c. def.* 1. *n.* 4. *j.* Richter. *l.* 2. *Conf.* 311. *n.* 9. *seqq.*

Digitized by Google

& d. l. 11. alioquin actio solutione perempta incassum cederetur. *l. 76. D. de solut.* Proinde, si fidejussorum unus solidum solverit, is cum pro debitore Principali, non pro confidejussoribus solverit, nullam hos contra habet actionem, *d. l.* 39. nec si deinceps, ubi solutione perempta sit obligatio, sumpsit a veteri creditore cessionem, qui jus, quod nullum habet, jam cedere non potest *d. l. 76.* Quod cum manifesti juris & tamen pœnitendum sit, non desunt, qui cessionem cum effectu in gratiam fidejussoris fieri posse volunt; eamque æquitatem ex intima subtilitate juris petunt, eo quod debitoris obligatio per solutionem fidejussoris non sublata sit ipso jure, sed per modum exceptionis duntaxat, unde summo jure cedendi facultas adhuc superfit, qua de re vide Sandium *de act. cess. C.* 7. *n.* 1. 4. 5. 6. 11. 12. sed fatendum est, solutionem fidejussoris obligationem ipso jure tollere, quæ est doctrina notissima, in *pr. Inst. Quib. mod. tol. obl.* Nec idcirco aliud dici potest, quam cessionem obligationis extinctæ nullius esse momenti.

SCHOLIUM.

Hodie beneficio cedendarum actionum non est opus, etiam cessione non facta, utilis negotiorum gestorum actio fidejussori datur in fidejussorem, Wiss. th. 10.

RESPONSIO.

Cum moribus nostris hac de re nihil sit cautum, non puto nobis a jure civili recedere tutum esse, nec satis rite omitti cessionem, facillimus alioqui juris abrogati Censor Groenewegius arbitratur ad l. 11. C. de Fidejussor.

N. ADDIT.

Ego vero sic infero. Jus Romanum Germanis non est datum. Germani habuerunt mores conformes simplicitati Juris Gentium. Cessio actionum, de qua quæritur, orta fuit ex subtilitate JCtorum disquirentium, utrum formula negotiorum gestorum hic posset habere locum. Ergo non videndum an jus Romanum hac parte moribus nostris sit abrogatum, sed an receptum. Præprimis cum formulæ nunquam inter nos usitatæ fuerint. Interim propter dissentientes, tutius est uti cessione, * *præprimis cum fere consentiant, etiam post solutionem factam cessionem adhuc procedere, quod alias subtilitas Romana non admittebat.*

(g) *Pos.* 22. *& seqq.*

Huic beneficio non perinde ac reliquis solet renunciari, quia nullum creditoribus infert præjudicium. Enimvero si inferat, creditor ad cessionem præstandam non teneretur. Sand. *lib.* 3. *tit.* 10. *def.* 5.

9. (g) Actio ex fidejussione nunquam datur, nisi principalis obligatio præcesserit, quia fidejussio est accessoria, *l.* 1. *& l.* 8. §. 1. *de fidejussor.* nam quod scriptum est fidejussionem præcedere posse obligationem principalem. §. 3. *h. l.* 6. §. *ult. eod.* id de promissione fidejubendi causa, non de effectu obligatorio intelligendum; datur autem actio ex fidejussione primo creditori adversus sponsorem, non eadem, quæ in pristinum debitorem dabatur, sed condictio certi aut ex stipulatu, tametsi æque late ac principalis actio pateat, secundum ea, quæ ad §. 4. dicta sunt. Adeo ut fidejussor in omnem causam, quatenus debitor obnoxius erat, teneatur, licet genus actionis mutatum sit, *l.* 56. §. *pen. de fidejuss.* hinc is qui, pro conductore simpliciter intercessit, in omnium pensiones annorum tenetur, *l.* 58. *pr. D. eod.* perinde si ex mora factove debitoris res sit facta deterior aut perierit, *d. l.* §. 1. etiam in usuras & fructus, *l.* 10. *Rem. pup. salv.* nisi aliter convenerit, *l.* 2. §. *pen. de administr. rer. ad civit. pertin.* & in omne id, quod interest, nisi in certam quantitatem spondere se dixerit, *l.* 2. §. *ult. Qui satisd. cog.* tunc enim ne in usuras quidem condemnatur. *l.* 68. §. 1. *de Fidejuss.* Ex quibus dicendum videtur, quando non est expressum, ut fidejussor in solam sortem solamve pensionem annuam, sed in obligationem simpliciter teneatur, eum hoc ipso in omnem causam obligatum videri, quod tenendum ad *l.* 54. *Locati.* in omnem causam, inquam, quæ ex eodem negotio nascitur, *d. l.* 56. §. *pen.* Convenienter, si non certum ad usque tempus, verum simpliciter sit obligatus, prorogatione termini solutionis non liberatur, de qua utraque specie videatur Sandius *lib.* 3. *tit.* 10. *def.* 4. *&* 5. Fachin. 2. *controv. c.* 88. *l.* 12. *c.* 30. Etenim, qui in principalem se obstrinxit, eum in accessiones quoque ordinarias & causas ipsa ex re ortas, reique cohærentes teneri, consentaneum est. *l.* 52. §. 2. *h. t.* Cæterum, si reus principalis ob suam contumaciam in majus condemnetur, ejusmodi factum, quod pro ordinaria accessione haberi nequit, sed ex officio judicis

* Præsumitur interim ex benignitate, plerumque in foro recepta, mens fidejussoris emendi a creditore actiones contra debitorem, unde quocunque tempore istam cessionem ab ipso postulari posse, statuunt Carpz. P. 2. C. 16. d. 7. Brunnem. Cent. 2. Dec. 14. Zang. d. except. P. 2. c. 16. n. 21.

Digitized by Google

judicis proficiſcitur, ad fidejuſſoris obligationem non pertinet, *l. ult. de fidejuſſ.* nec, ſi reus certo loco dare obligatus, ibi ſolvere nolens, actione arbitraria in majus condemnetur, id gravat fidejuſſorem, quia & hoc perſonale commiſſum eſt, officio judicis æſtimandum, cui fidejuſſor ex ſuo tantum facto, non aliter ſit obnoxius; idque ſecus in uſuris obtinere, auctor eſt idem, qui alterum illud tradit. Africanus in *l. centum Capuæ. De eo quod certo loco*. Tamen eventu inſpecto oneratur etiam fidejuſſor, quatenus officium judicis in ipſum quoque redundat. Unde veniat hoc officium judicis, & annon ex implicita obligationis natura id ipſum oriatur, alias videndum.

10. (h) Fidejuſſor ſemel datus in perpetuum obligatur, nec liberari poteſt creditore invito, niſi per ſolutionem principalis obligationis; proinde alium fidejuſſorem vel pignus admittere non cogitur, *l.* 45. §. 2. *Mandati. & l. 9.* §. 3. *de pignor. act.* uti nec pignus fidejuſſore commutare, aliter quam conſentiens, *l.* 5. §. 2. *Quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* nihil obſtantibus nec reſponſione dignis, *l.* 10. §. 1. *Quod met. c. l.* 25. §. *ult. de conſt. rec. arb. l.* 21. §. *ult. de pec. l.* 2. §. 8. *de relig.* de quibus vid. Bachov. 5. *de pignor. c.* 10. *n.* 3.

11. E contrario debitor quoque non tenetur ad alium fidejuſſorem in locum prioris lapſi facultatibus dandum, quia nullum inter creditorem & debitorem fidejuſſionis cauſa vinculum exiſtit, nec aliter quam per conſequentiam debitor ad ſatiſdandum compelli poteſt, quatenus aut ab initio fidem aliter non impetrat, aut dein compellatus ad ſolvendum nec ſuo commodo, fidejuſſorem alium offerre cogitur; qua ratione creditor omnimodo uti poteſt; ſed actio ad ſatiſdationem per ſe petendam, neque initio, neque poſtea datur, niſi quando neceſſitas juris in aliquo negotio flagitat ſponſionem; tunc enim, ut ab initio is a quo petitur dare fidejuſſorem, ita quoque ſi deſierit eſſe idoneus, (non ſi ſemper inops fuerit) alium ſubſtituere cogitur. *l.* 10. §. 1. *Qui ſatiſd. cog. l.* 4. *de ſtipul. Præt. l.* 20. §. *antep. de op. nov. nunc. l.* 3. §. *ult.* cum *l. ſeq. Ut in poſſ. Leg.*

12. (i) Obligatio igitur & actio reſpectu fidejuſſionis oritur inter creditorem & fidejuſſorem ex una, inter fidejuſſorem & debitorem altera parte; de priori diximus. Fidejuſſor de eo, quod pro debitore præſtitit, habet mandati actionem ad omnem indemnitatem, §. 6. *Inſt. h. l.* 10. §. 11. *mand. & l.* 2. *C. eod.* niſi pro ignorante ſpoponderit, quo caſu negotiorum geſtorum actio comparata eſt. *l.* 20. §. 1. *Mandati*. Non poſſe eum convenire debitorem ad ſolvendum ſibi, antequam ipſe ſolverit, manifeſtum eſt. *l.* 10. *C. Mand.* Ex qua tamen diſcimus, tres dari caſus, quibus ante ſolutionem jus habeat agendi fidejuſſor, non tam ut ſibi, quam ut creditori ſolvatur & ipſe liberetur: 1. ſi condemnatus ſit, 2. ſi debitor bona ſua dilapidet, 3. ſi ab initio ita convenerit, quibus adde 4. ſi debitor in ſolutione, aut creditor in exactione diu ceſſaverit, *l.* 38. §. 1. *mandat.* qua de re vide omnino Sandium *l.* 3. *tit.* 10. *def.* 7. quoad uſque autem illud *diu* ſit extendendum, Judicis arbitrio relinquendum videtur, cum Accurſio in *d. l.* 38. Diſcrimen, quod Coſtalius *ad l.* 28. *de negot.* D. Wiſſenbach. ad *ff. diſp. de fidejuſſ. th.* 24. ſtatuunt hac parte inter fidejuſſorem & mandatorem, quaſi hic indiſtincte ante ſolutionem agere poſſit, e textibus quos citant non probatur. Nam in *l.* 28. *de Negot. geſt.* agit Mandatarius contra ſubſtitutum non ſuum Mandatorem. In *l.* 45. *pr. Mandati.* agit Mandatarius ut debitor principalis obligationem ſuam, quæ creditori ſolutionem urgenti competit, ſuſcipiat, ne ipſe res ſuas vendere cogatur, cujuſmodi actionem ne fidejuſſori quidem poſſe negari exiſtimo. *arg. d. l.* 38. §. 1. *& d. l.* 10.

13. (k) Quinam fidejubere poſſint, nihil opus fuit memorare, quia fidejuſſio eſt ſtipulatio; proinde qui ex ſtipulatione obligantur, hi quoque ex fidejuſſione tenentur; niſi quod milites prohibentur, ut omnino res alienas gerere, ita & fidejubere. *l.* 31. *C. Locat.* Denique Mulieres Scto Vellejano exemptæ ſunt interceſſionibus, ob nimiam facilitatem ſexus, qua de re latius ad Pandectas. *l.* 1. *pr. ad Sc. Vell.* Utroſque etiam renunciare poſſe putem; de muliere certum eſt, *l. ult.* §. *pen. ad Sc. Vel-* (5) de milite idem videtur, quia in *l.* 8. §. 1. *qui ſatiſd. cog.* tantum eſt, quod recuſari poſſit ab eo, cui offertur. In *l.* 31. *C. Locati* eſt quidem prohibitio ob utilitatem publicam, ſed tantum ratione prædiorum conductorum, ne ad opus ruſtre ab armis ſe conferant.

Denique Patrem pro filiofam. & hunc pro patre fidejubere poſſe, docet *l.* 10. §. 2. *de fidejuſſ. l.* 3. *C. eod. & l.* 19. §. 2. *de inſtit. act.*

(h) *Poſ.* 27. *& ſeqq.* (i) *Poſ.* 24. 25. (k) *Poſ.* 28. 29. *&* 30.

TIT.

(5) *Sed cum tam mulieres quam milites prohibeantur intercedere, verius puto, talem renuntiationem nullius eſſe momenti, non obſtante textu* l. ult. §. penult. *ad* S. C. Velle*j.* ad quem vide *Joſeph. Averan. interpret.* lib. 2. cap. 5.

Digitized by Google

TIT. XXII.

De Literarum obligationibus.

I. Descriptio obligationis literarum & exceptionis non numeratæ pecuniæ. II. Efficacia ejus post biennium. III. Quale remedium competat scriptori si creditor differat agere. IV. Causam hujus obligationis esse scripturam adstruitur, remotis objectionibus.

(a) Literis obligatus dicitur, qui scripsit in chirographo se mutuam accepisse pecuniam, spe accipiendæ, antequam vere acceperat, nec intra biennium id retractavit; quod crebro accidit, ut in hoc titulo explicatur. *Sed hæc obligatio, aut nomen ejus duntaxat*, qualecunque, *veteribus ignotum fuisse ICtis*, satis apparet ex *l.* 1. §. 1. *de O. & A. l.* 8. §. 1. *de Fidejuss. & l.* 1. §. 1. *de Novation.* (1) Alio sensu Glossarium vetus & Theophilus literarum obligationem definiunt, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον γράμματι τυπικῷ, *vetus debitum in novum mutuum imaginaria scriptura transformatum*. Hæc erat vetus nominum obligatio, de qua Justinianus in *h. t.* Solebant enim veteres, contractu qualicunque inito, summam ex eo debitam inferre in rationes, tam debitor quam creditor, quarum collatione facta, nominum obligatio quasi per novationem dicebatur. Et hæc nomina Justinianus fœneratitias cautiones appellat, in *l. ult. C. de pact. Conven.* quare autem nomina dicantur, docet Ascon. Pæd. *in III. Verrinam.* Postquam vero illa vetus rationum Collatio desierat esse in usu hominum & creditoribus per chirographa debitorum caveri cœpit, originem habuit illa, quam descripsimus, obligatio LITERARUM. Diximus, eum qui scripsit in chirographo, vel potius in syngrapha, hac obligatione teneri, si verum est terminorum illorum discrimen, quod tradit Asconius Pæd. in *Verrinam de Prætur. Inter syngraphas & chirographa hoc*, ait, *interest, quod in cæteris tantum, quæ gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, & non numerata quoque pecunia aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solet, more institutoque Græcorum*. Aliam ipsæ voces indicant differentiam ab Asconio quoque monstratam, *chirographa ab una parte servari, syngraphas signatas utriusque manu utrique parti servandas tradi*. Et hæc significatio propius ad hujus instituti conditionem accedit. Nam instrumenta utrimque obligatoria sic erunt syngraphæ, quæ ab altera tantum parte ligant, uti in hisce, de quibus nunc agimus, fit, chirographa dicenda fuerint. Sane quovis instrumento a tabellione consensu duntaxat partium conscripto, vim hujus obligationis contineri posse, indubitatum est, prout hæ scripturæ simpliciter cautiones appellantur. *l.* 1. *l.* 3; *& l.* 8. *& pass. C. de non numer. pecun.* Chirographum igitur, quo tantum confessio debiti accepti continetur, intra biennium (olim quinquennium) elidi potest per exceptionem non numeratæ pecuniæ, *h. t. l.* 1. *l.* 3. *& l.* 5. 8.14. *C. de non num. pec.* cujus ea vis est, ut creditor, etsi chirographo debitoris instructus, insuper aliunde probare debeat numerationem pecuniæ esse factam. *h. t. l.* 3. *& l.* 1. *C. d. t.* † (b) Nisi debitor renunciaverit * huic exceptioni, quo casu ipse tenetur ad probandum numerationem non esse factam, ut quidem in nostro foro servant. Sand. *l.* 3. *c.* 2. *def.* 1.

SCHO-

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 3.

(1) *Et tamen Gajus in* l. 2. §. 1. de O. & A. *& Inst.* lib. 1. tit. 9. pr. & §. 13. *literarum obligationem inter contractus refert. Tu consule Schulting. jurispr. antejust. ad citat. text. e Gaji instit. & Hein. Antiq. Rom. ad* h. t.

† Etiam apud Saxones exceptioni non numeratæ pecuniæ, intra biennium locus est, in processu quoque executivo, si actor ex instrumento, ut ajunt, guarentigiato experiatur, Hartm. Pistor. *L.* 4. *qu.* 12. *n.* 2. Carpzov. *L.* 1. *Resp.* 89. *j. eund. P.* 2. *C.* 32. *def.* 6. *seqq. seu resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Sept. A.* 1700. Dillem. Finckelt. *obs.* 1. 9. *n.* 10. *seq.* Schilter. *ad ff. Exerc.* 22. *th.* 20. Berger. *Elect. Proc. Execut. th.* 43. eandemque, nisi speciali lege aut consuetudine aliud cautum sit, etiam inter mercatores, imo adversus Cambium opponi posse, sentit Richter. *Dec.* 21. *n.* 24. *j. Contr. Jur. Civil. Disp.* 4. *th.* 14. *seq.* Sed *Ordinat. Mercatoria Lips. t.* 11. §. *Allermassen.* eam in Processu Executivo & Cambiali non admittit, nisi in continenti sit liquida, licet cambium non contineat Valutam. *add. Ordinat. Cambial.* §. 13. imo licet hæc exceptio ex ipsa creditoris confessione *durch seinen eigenhändigen Schein oder Verschreibung*, in continenti sit liquida. tamen adversus Cessionarium cambii, *an den der Wechsel* cediret *oder* indossiret, eam non admitti, constat ex *d.* §. *Allermassen.* verb. final. conf. Konig. *Wechsel-Ordn.* p. 36.

SCHOLIUM.

* *Ex intervallo puta: Renuncians enim in ipsa cautione nihil agit (quamvis aliud videatur observari apud Frisios, per ea quæ Sande* d. l. *sed conf. tamen quæ habet* Idem lib. 1. tit. 8. def. 3. verf. exceptio quoque.) *nisi jurato hoc fecerit* Schütz. d. l. *Dissentit quoad juratam renunciationem, Struv.* XVI. 53. *Vide omnino conclusum supremi Senatus Appellationum*, ap. *Philippi* lib. 3. Ecl. 67. n. 16. p. 704.

RESPONSIO.

Non abhorret hæc limitatio a Juris ratione nec ab re ipsa, quod debitor eadem facilitate, qua se obligavit, renunciasse videatur. Sed quia renunciationes ex post facto sunt rarissimæ, vix est ut usum fori nostri ad illas ausim restringere.

N. ADDIT.

Dixeram ipse in Scholio hanc limitationem apud Frisios non observari. Quanquam etiam videndum hic esset ante omnia, an renuntiationes injuratæ, in continenti adjectæ, habeant efficaciam. Videtur enim tota hæc renuntiationum, quatenus a Juris ratione abhorrent, materia, originem debere principiis Juris Canonici.

2. Biennio elapso, si ille qui scripsit, confessionem suam non retractaverit, instrumentum habet plenam vim & efficaciam, non ad probandum; (nam de facto, an numeratum sit non quæritur) sed ad obligationem producendam; ut adeo, sive credita seu non sit credita pecunia, ille, qui scripsit & per biennium tacuit, obligetur. *h. tit. l.* 8. *& l.* 14. *C. de non num. pec.* Extra terminos mutui (c) se non extendit hæc obligatio. Nam cum hoc jus, quo instrumento probandi vis aufertur, singulare & enorme sit, neutiquam ultra limites a Lege præscriptos extendi potest, & sunt textus in *l.* 5. 6. *&* 11. *d. tit. Cod.* in quibus simpliciter standum scripturis docetur, donec ille, qui cautionem emiserit, contrarium evidentissime probaverit. *l.* 13. *eod. add. l.* 25. *in fin. de probat.* Ratio diversitatis in mutuo a cæteris contractibus est, ut videtur, haud rara debitorum facilitas ad subscriptionem anticipandam, propter cupiditatem habendi pecunias quibus egent, quod non æque alias fit.

SCHOLIUM.

(*b*) *Exceptio tamen non numeratæ pecuniæ intra biennium etiam in aliis contractibus opponi poterit*, §. 2. Instit. de except. vid. Prælect. p. 265. n. 1. & 267. n. ult. Adde Schütz. d. l. p. 132. in O. Struv. d. ex th. 52.

RESPONSIO.

Nec habet hoc ita Struvius, nec ego, nec est in d. §. 2. *Sed tantum quod exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat in mutuo sine Scriptura per Stipulationem firmato, ut est* §. 1. h. t.

N. ADDIT.

Præcesserant in Scholio meo verba quædam ab Autore omissa. Dixeram enim: Scilicet literarum obligatio, ut nimirum post biennium elapsum nihil aliud possit opponi. *Hæc si addas, patet*, alios contractus *in verbis sequentibus opponi a me* literarum obligationi. *Atque hoc satis probatur per* d. §. 2. *ubi stipulationis fit mentio, ut ipse Autor fatetur. Interim per me nunc totum Scholium omitti potest, cum hac in parte consentiamus.*

(d) Cæterum, elapso biennio, debitor omnimodo, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur, *l.* 8. *C. d. t.* hoc est, exceptionem pecuniæ non numeratæ opponere non potest, ut loquitur Justinianus in *hoc tit.* nec jusjurandum deferre creditori. *l.* 14. §. 3. *d. t. Cod.* Scilicet, non modo cessat tum illa vis Legis, quæ instrumento vim probandi ante subtrahens novum creditori onus probandi imponebat, sed in contrarium Lex tum producit obligationem, quam nasci e scriptura affirmat Justinianus. Proinde, cum posita causa obligationis solutio secundum illam necessario facienda sit, non potest esse verum, quod Schola communis & usus fori recepit, eum, qui scripsit chirographum, adhuc post biennium admitti ad probandum se non accepisse pecuniam. Tunc enim lapsus biennii nihil efficeret, quam ut onus probandi a debitore in creditorem transferret, nec species obligationis esset ullo modo; cui accedunt textus clari, *in d. l.* 8. *& h. t.* item *l.* 10. *& l.* 14. *in pr. eod. tit. Cod.* D. Wissenbach. *disp. ad Instit.* 34. *th.* 22. *

3. (e) Quid autem, si creditor toto biennio non agat, ut scriptor syngraphæ exceptionem nequiverit opponere? Suppeditatur a Lege duplex remedium, protestationis unum de pecunia non accepta, quia in scriptis facta, exceptio fit perpetua. *l.* 8. *l.* 9. *& l.* 14. §. 4. *& auth. C. eod. tit.* Condictionis alterum, qua cautionem sive

(c) *Pos.* 10 (d) *Pos.* 6. *& seqq.* (e) *Pos.* 2. 4. *&* 5.

* Apud nos tamen debitorem etiam post biennium, ad probationem exceptionis non numeratæ pecuniæ admitti, docent Carpzov. *L.* 2. *Resp.* 91. Richt. *Dec.* 21. *n.* 12. *add. Controv. Jur. Civil. Disp.* 4. *th.* 10. Interim sententiam Domini Autoris defendit, & in summo Provocationum Senatu obtinere, ostendit Berger. *Resol. Lauterb. tit. de Reb. Cred. quæst.* 3. qui tamen in Electis Proc. Executiv. exceptioni doli speciali, elapso licet biennio, locum relinquit *th.* 44.

five chirographum fuum repetat. *l. 7. C. eod.* & *l. ult. C. de Condict. ex L.* Atque hæc remedia fecundum ipfam exceptionem, utpote realia, dantur & heredibus & fidejufforibus, *l. 8.* & *l. 12. C. de non num. pec.* imo & iis, qui hypothecaria propter debitum auctoris fui conveniuntur, tametfi debitor ipfe nunquam hifce remediis ufus fit nec etiamnum utatur. *l. pen. eod. tit.* Scriptor apochæ, (f) intra dies 30. reclamare debet: alioquin habetur pecunia pro foluta, uti in obligatione literarum. *d. l. 14. §. 2.*

4. Satis ex his, quæ dicta funt liquet, non fpectare hanc obligationem ad ullam e tribus notis obligationum fpeciebus, non ad confenfualem, quia palam eft folo confenfu hanc non contrahi; non ad eam quæ verbis, quia nulla concipiuntur & inter abfentes fæpe fit; denique nec ad realem, quia re non contrahitur, nifi quatenus vere & naturaliter datum eft, *l. 11. § 1 de reb. cred.* nihil ut fuperfit, quam ut nova & diftincta fpecies fit obligationis, quæ *literarum* dicitur, quia fundamentum ejus in fcriptura confiftit. Sunt tamen, quibus hoc nimium difplicet, & funt hi plerique, antefignano Bachovio, *vol. 1. difp. 20. th 2 lit. B.* cujus rationes luculentas appellat D. Wiffenb. *d. difput. 34. th. 21.* Nos autem parum abeft, quin erronea illos hypothefi credamus abuti, quæ hæc effe videtur; obligationem literarum effe tum, quando pecuniæ non numeratæ exceptio datur debitori, adeoque ante lapfum biennii; quod eft contra mentem Juftiniani; qui diferte, *fcriptura* debitorem ait *obligari*, quando amplius *queri non poteft*, cum videlicet omnia lapfu temporis amifit remedia. Nam prius, quando creditor debitorem compellat, non ait fimpliciter eum teneri quoniam fcripfit, verum quia mutuam pecuniam accepit; condictione certi ordinariam ex mutuo actionem inftituit, fuamque probationem petit e fcriptura, cui reus opponit exceptionem, non fcripturæ, fed numerationis, hoc eft, mutuo ipfi oppofitam: fi ex literarum obligatione ageret, concedimus Bachovio exceptionem fcripturæ quoque opponendam fuiffe: quemadmodum poft biennium, quo nos literarum obligationem nafci putamus, non habet aliam debitor exceptionem aut defenfionem, quam chirographi non fcripti. *l. 4. & auth. feq. C. de non numer. pecun.* Saltem hoc legibus conftitutum eft, quia fæpe fit, ut in mutuo debitores fpe numerandæ pecuniæ fe accepiffe fateantur quod non acceperunt, uti nec vim probandi confuetam habeat illa fcripta confeffio, fed actorem infuper aliunde numerationem probare oporteat; atqui hoc ipfum argumento eft, non effe tum literarum obligationem; nam fi chirographum tunc faceret obligationem, fieri non poterat, quin agnita cautione vera, reus omnino condemnaretur.

Quia vero in hoc cardine vertitur nobilis difputatio, placet id, quod Hotomannus in fuo ad Inftitutiones commentario facit ubique, contentionem partium, quæ folet effe ante biennium, Rhetorice demonftrare. Prima intentio actoris, quam Græci προβολὴν vocant, in hac controverfia debet effe hujufmodi, *Titi, debes mihi centum ex mutuo.* Ἀντιπροβολή, five prima rei refponfio eft, *non debeo centum aureos.* Hinc oritur ftatus, debeatne Titius Cajo actori centum aureos, an non debeat ex mutuo. Sequitur τὸ αἴτιον, Ratio actoris; *Tu ipfe confeffus es in hac fyngrapha te accepiffe a me centum aureos mutuo.* Τὸ συνέχον five continens rei, *fcripfi quidem fpe numerationis faciendæ, at hæc non eft fecuta, non eft facta.* Tandem igitur κρίσις feu judicatio eft, *numeratio fitne facta vel non*; adeoque an mutuum, quod reali numeratione perficitur, vere contractum fit, an fecus. Κρίσις controverfiæ, quæ ex obligatione oritur, neceffario circa naturam obligationis verfari debet: Atqui illa non pendet heic a vi fcripturæ, fed a mutuo, id eft a numeratione pecuniæ. Rurfus, Pone cafum quo Reus elapfo biennio convenitur: Προβολή, ἀντιπροβολή, & Status funt hic iidem, qui in fpecie præcedenti: Τὸ αἴτιον, five rationi actoris, hoc adjicitur; fcripfifti *ante biennium* te mutuo a me accepiffe centum aureos, fed τὸ συνέχον, five continentia rei, jam longe eft alia; quid enim? an dicet; *non accepi, non numerafti?* Hæc inania funt, exceptio talis poft biennium non admittitur. Quale igitur debet effe τὸ συνέχον Rei poft biennium? Nullum habet aliud quam hujufmodi; *chirographum illum non eft meum, non fcripfi.* Unde tunc illa refultat κρίσις, an reus fcripferit chirographum nec ne; atque ita manifeftum eft, tum demum exiftere literarum obligationem, prius de mutuo duntaxat quæri. Bachovius urget, obligationis caufam effe præfumptum Mutuum; quod equidem concedi poteft dediffe caufam huic obligationi, fed eft caufa remota; proxima vero non eft alia quam ipfa fcri-

(f) *Pof.* 11.

Digitized by Google

scriptura. Certi sumus hac re probe intellecta, nemini defuturum, quod prolixis Bachovii rationibus & cavillationibus respondeat, adde tamen his D. Vinnium *Comment. ad h. t.* Objectionem quandam aliam removet D. Thomasius

SCHOLIUM.

Intra biennium literarum obligatio nondum est, quod eleganter declarat Autor. Sed *inquit* Strauch. XIV. 21. ita tempus fit modus constituendæ obligationis, quod est contra *l.* 44. §. 1. *ff. de O. & A.* & ita potius obligatio biennii, non literarum dicenda foret; *Verum hæc non turbant: Nam prius non magis sequitur, quam si dicere velis, tempus esse modum constituendi dominii, quoniam ad præscriptionem certum tempus requiritur; neque posterius aliquid infert, cum a potiori facta fuerit denominatio, literæ enim dant formam obligationi, tempus vero rationem habet conditionis, ut Philosophi dicunt, sine qua non. Ad* l. 3. C. de non num. pec. *quam urget Schutz.* Comp. tit. de reb. cred. p. 132. *respondeo cum Pomponio ex* l. 8. de O. & A. *& Paulo* in l. 112. de R. J.

Unum forte sit ex Bachovianis, quod a prioribus non pendeat. Veteres, ait, ante Justinianum literarum obligationem non cognoverunt, cum tamen illa species negotii minime tunc ignota fuerit, quod probatur ex *l.* 1. 2. 3. *& seqq. C. de non numer. pecun.* Responsio est, in illis textibus Cod. agi de scriptura nondum ad obligationis maturitatem perducta; quippe cum in iis exceptio non numeratæ pecuniæ adhuc commemoretur: Non probatur autem, quod ante Justinianum hujusmodi nomen in usu non fuerit, quando post quinquennium, (cujus loco noster Princeps biennium substituit) absoluta solvendi necessitas debitori incumbebat. Et quid si veteres hoc nomine penitus abstinuerunt, eo quod magis ex vi Legis quam voluntate partium hæc obligatio nascatur? Et quid si ob affinitatem cum mutuo ad illud hanc ipsam speciem retulerint? Nos quærimus, numquid rei natura patiatur, ut a Justiniano literarum obligatio vocari potuerit, quod nobis qnidem videtur. Placet unum addere; Bachovius obligationem literarum non posse ita vocari contendit, quia tunc etiam locus sit huic exceptioni, quando quis sine ulla scriptura coram testibus pecuniam se accepisse confessus est; Etenim negandum est ejusmodi confessionis eandem esse rationem, quæ est scripturæ, ita quemadmodum superius expositum est. Hanc enim Debitor in re præsenti spe accipiendæ pecuniæ, cui inhiat, facile præstat; at cum aliquis coram testibus serio declarat se revera pecuniam aliquandudum accepisse, id ejusmodi interpretationem nullo modo recipit. Enimvero quominus errorem Confessionis suæ retractet atque probet; nihil nequidem post biennium obstat, ut recte Tulденus *ad d. tit. C. n.* 6. Tenendum interim, quod exceptio non numeratæ pecuniæ latius pateat, quam literarum obligatio. Nam is, qui stipulanti spopondit se redditurum esse nummos sibi non numeratos, habet illam exceptionem, §. 2. *I. de Except.* nec tamen literis obligatur, sed vere ex præsumpto mutuo, quod in literarum obligatione non negamus subesse, verum ibi causam obligationis esse proximam, id negamus.

TIT. XXIII.

De Obligationibus ex Consensu.

(a) OMnes quidem obligationes ex contractibus oriundæ ineuntur consensu, sed quæ nihil præter consensum habent, hæ per excellentiam consensuales vocantur; cum reliquis ab eo, quod supra consensum habent, scilicet rei traditione, verborum conceptione, aut literarum scriptura, nomen tribuatur. Sunt igitur consensuales obligationes, quæ solo nudoque consensu perficiuntur, quales sunt *Emptio Venditio*, *Locatio Conductio*, *Societas & Mandatum*. Cum autem hæ obligationes sint simplicissimæ & mere juris gentium, possunt quovis modo etiam inter absentes contrahi, sane etiam nutu, *l.* 52. §. *ult. de oblig. & act.* nutu, ubi fari non potest, delegare debitorem suum quis potest, *l.* 17. *de Nov.* adsignari potest libertus nutu *l.* 1. §. 3. *de adsign. lib.* & fideicommissum relinqui potest nutu *l.* 21. *de Legat.* 3. Etsi stipulatio nutu facta nihil valet, ne quidem ut naturaliter obliget, *l.* 1. §. 2. *de V. O.* Potest etiam facto consensus tacite declarari *l.* 6. §. 2. *& l.* 18. *Mandati*. Nam etsi inter veros & quasi contractus hoc intersit, quod illi expresso, hi fere tacito consensu fiant, sunt tamen facta quædam adeo clara & prægnantia, ut expressum consensum omnino effi-

(a) *Pos.* 1. *&* 2.

Digitized by Google

efficiant, veluti cum quis mea negotia, me præsente, gessit, si prædium verb. gr. vendiderit, cujus ego pretium dein accepero. *l.* 12. *de evict.* Denique bonæ fidei sunt, cujus rei quis sit effectus *infra* videbimus. Facile erit cui in mentem veniet rogare, qui fiat, ut ex hisce conventionibus, quæ nihilo plus continere videntur quam nudæ pactiones, hoc est duorum pluriumve in idem placitum consensum, actio & obligatio nascatur, quo effectu conventiones simplices sive pacta nuda destituuntur. Videtur ita dicendum; Jure naturæ & Gentium sufficiebat sola voluntas partium utrinque declarata, quemadmodum aliquoties diximus; sed utilitas civium non patiebatur, ut e quovis dicto promissove daretur actio in foro, quemadmodum *tit. de Verb. obligation.* est dictum. Eadem tamen utilitas promiscui usus non ferebat, ut omnes feriæ deliberatæque conventiones carerent prompto effectu validæ obligationis. Nam si quotidianæ negotiationes temere ab uno, altero invito, rescindi poterant, confusio inde non toleranda in commerciis oriebatur. Ideo, qui contractus omni die erant in usu, quos maxime servari interesset Reipubl. hi sunt ita stabiliti, ut si partes de illis consensisse duntaxat constabat, obligatio inde & actio sufficiens nasceretur, partim ob eam utilitatis communis, quam diximus, rationem; partim quod in illis ratio cessabat, quæ pactis alioqui nudis vim exactionis negaverat. Nec enim dubitari poterat, quin maxime serio consensissent, qui emerant vendiderantque, locaverant conduxerant, aut societatem inierant; quin & in mandato idem receptum, propter summam ejus in vita humana utilitatem. In cæteris contractibus beneficis, qui commodo duntaxat unius ineuntur, etsi frequentissimis, ratio tamen commercii, quæ in promiscua utilitate consistit, tam prægnans non erat, ut solo simplicique consensu obligatio ex illis perficeretur; sed requisitum est, ut ipse rei præsens interventus, id est traditio, expectaretur, cujus naturæ sunt Mutuum, Commodatum, Depositum, iisque additum Pignus, quod etsi partis utriusque commodum spectet, per se tamen in commerciis usu non veniebat, sed aliis contractibus accedebat: quanquam deinde Prætor animadvertens usum pignoris admodum esse frequentem, fecit ut & sola ejus conventio produceret actionem. *l.* 17. §. 2. *ff. de Pact.*

TIT. XXIV.

De Emptione & Venditione.

I. Definitio empt. venditionis explicata. II. Ejus substantialia. III. Efficacia obligationis ejus. IV. Venditorem non posse liberari præstatione ejus quod interest. V. De consensu. VI. De pretio. VII. De permutatione. VIII. Quid si pro re partim pecunia, partim res alia detur. IX. Periculum rei venditæ, licet necdum traditæ, esse emptoris. X. Removentur objectiones. XI. De ultimo emptionis substantiali, quod est merx. XII. De iis, quæ rem venditam sequuntur. XIII. Effectus traditionis per venditorem factæ & de quibus teneatur venditor. XIV. De actione venditi.

(a) EMptio & Venditio est Conventio qua id agitur, ut rei Dominium certo pretio in alium transferatur, hic enim est finis hujus contractus, ut aliquid ἐμὸν, hoc est, *meum* faciam. Dicimus, *qua id agitur*; quia non semper cum effectu dominium transfertur. Constat enim, rem alienam posse vendi, *l.* 28. *de Contrahenda Emptione*. Cujus rei tamen dominium nullo modo potest transferri: Proinde res aliena vendi posse dicitur, quatenus Actio empti inde nascitur, & venditor in quantum emptor vult, ad contractum implendum teneatur, non autem ut Domino rei ullo modo præjudicetur. Tulden. *ad tit. C. de act. empt. n.* 3. Si vero partes aliud agant quam ut dominium transeat, tunc alius est contractus *l. penult.* §. *ult. D. eod. tit.* Atque ita intelligitur quomodo venditor dici queat non obligatus ad dandum, sed ad tradendum, neque cogatur emptorem facere dominum, *l.* 25. §. 1. *D. h. l.* 11. §. 2. *de action. empt.* cogitur enim id juris quod habet ipse transferre; proinde si dominus est, fane dominium præstare; si dominus non est, vacuam duntaxat possessionem tradere debet. *dd. ll.*

(a) *Pos.* 1. 2.

Digitized by Google

dd. ll. Non est eadem ratio emptoris quod ad pretium; hoc enim is omnino venditoris facere compellitur, *d. l.* 11. §. 2. sæpe enim fit, ut correlativorum diversa sit ratio, quemadmodum heic; venditor obligatus est ad speciem sive ad rem singularem tradendam, quam non potest nisi cum sua causa tradere, at emptor ad pretium, quod in quantitate generali consistit, tenetur; ideo si quos dedit nummos sint alieni, potest alios, qui pretium idem efficiant, solvere.

2. (b) Substantialia hujus contractus vulgo tria esse dicuntur, Consensus, Merx & Pretium; nisi malis dicere substantiam hujus contractus in consensu de merce pretioque consistere. De primo constat, quod statim atque consensus de re vendenda initus est, Emptio venditio perfecta sit, excepto casu, qui in hoc principio memoratur: quando convenit inter partes, ut Emptio in scriptis celebretur, tunc enim prius non intelligitur perfecta, quam scriptura sit absoluta, si quidem ipsi scribant; vel a partibus subscripta, si alius scripserit. Si vero publicum sit instrumentum, oportet a tabellione conceptum, partibus prælectum & ab ipsis approbatum sit. *l.* 17. *C. de fide Instrum.* Est & alter casus, ut videtur, *in l.* 35. §. 5. *D. de Contrah. Emptione.* Ubi venditio rerum, quæ constant pondere, numero & mensura, non videtur esse perfecta, nisi cum res fuerint admensæ, adpensæ atque adnumeratæ, utique non, quod ad periculum attineat ex casu fortuito.

3. (c) Porro ubi semel hic contractus consensu perfectus est, non potest aliter quam mutuo Consensu retractari, ne quidem cum dispendio arrharum. *l.* 5. *C. de Obligationibus.* & *l.* 3. *C. de Rescindend. vendit.* Nisi Arrhæ sint datæ in signum Contractus adhuc perficiendi, ut in ea specie, quæ est in *princ. h. t.* Ait quidem Imper. *in pr. h. t.* quod arrhæ nomine datur argumentum esse emptionis & venditionis contractæ, ut plurimum quidem; Casus enim, quando placuit in scriptura contrahi, specialis & exceptus est: nisi dicamus, esse venditionem utique contractam, cum de merce pretioque conventum est, licet pœnitentiæ locus sit propter conventionem de scriptura: tamen hæc non pertinet ad essentiam contractus, quia manet adhuc contractus consensualis & non fit scripturarius, aut literarum. Cæterum arrha vel est nudum signum contractus initi, veluti cum annulus aut aliud symbolum datur; vel ita datur, uti cedat in partem pretii, & tunc est pecunia, daturque a solo emptore, cum prioris generis arrhæ ab utroque dari soleant. *l.* 11. §. 6. *de act. empt. sub fin. princ. h.*

4. (d) Igitur non tantum emptor cogitur solvere pretium, sed & venditor ad rem tradendam præcise tenetur, *l.* 11. §. 2. & *l.* 46. *de Action. empt. l.* 68. §. 2. *D. de contrah. empt.* ut eo non facto, *conventionis fidem rumpere dicatur*, *l.* 10. *C. de Action. empt.* nec usquam se præstatione ejus quod interest liberare posse dicitur, sed nullo tempore de contractu jure perfecto recedi posse, traditur in *l.* 3. *C. de resc. vend.* nec adeo se liberare potest, inquam, præstando id quod interest, *d. l.* 3. ne quidem si duplum pretii offerre velit, *l.* 6. *C. eod. tit.* quo id quod interest, cum est maximum, definitur. Responsionem Bachovii ad hanc *l.* 6. refellit D. Wissenbach *disp.* 37. *th.* 2. *part.* 1. *Pandect.* Quod autem ipse ait, contractum in *d. l.* 6. utrinque fuisse perfectum & consummatum rei traditione atque pretii solutione, vereor, ut magis consistere possit; cum non modo nihil ejusmodi e textu colligi queat, sed contrarium ibi diserte sit scriptum, in verbis, *consensu factam venditionem rescindi nullo jure desideras*; quæstio est de venditione consensu perfecta, nihil præterea. Vix quidquam a civili ratione videtur alienius, quam contractum venditionis, quo nullus est frequentior magisque necessariæ observationis, ita distrahi, ut emptori quidem pretium omnino solvendum sit; venditor autem hunc eludere possit dicendo, *non placet rem tradere, dic tua quid intersit*; quod sæpe nullum aut exiguum vel obscurum est. Nec scio quid in mentem veniat hominibus doctissimis, ut ex eo, quod in *l.* 1. & *l.* 11. §. 9. *de act. empt.* & alibi habetur, emptorem, si venditor non tradat rem, agere in id quod interest, colligant; hoc in venditoris favorem esse constitutum, cum nihil sit notius, quam ex omni contractu, qui non impletur, adversus contumaces in id quod interest agi, cum graviores e contractibus actiones nullæ sunt proditæ. Nihil igitur vetat emptorem adversus venditorem agere in id quod interest, si in mora sit rem tradendi; maxime, si facultas tradendi præterierit, aut emptori non sit amplius commodum urgere traditionem; imo nec dubium, quin & urgere traditionem & agere in id quod interest propter moram possit; quod nihilo magis dubium est, quam quod commodatarius, si in mora sit rem commodatam restituendi, tam in id

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 5. 6. (d) *Pos.* 25.

Digitized by Google

in id quod interest hac gratia, quam ad restituendum teneatur. Putant se dissentientes habere præsidium in *l.* 4. *C. de Act. empt.* ubi statuitur, si *procacia* venditoris res non tradatur, in id quod interest agi; unde videatur, nequidem si velit emptor, agi posse ad tradendum, si quidem per venditoris procaciam stare potest, ne rem tradat. At ego scire vellim, quomodo adversus eum, qui fidem contractus violat, aliter quam in id quod interest agi queat; nec enim tormentis subjici aut publice in eum animadverti potest. Quando igitur per ipsius procaciam res in eum statum deducta est, ut traditio vel penitus non, vel commode fieri nequeat, tum ad suam indemnitatem agere emptorem oportet: si tamen res adhuc integra sit, nihil est in illis Legibus quo emptor ad ipsam traditionem agere prohibeatur; atque etiam quominus venditor ad tradendum condemnandus sit remediisque prætoriis compellatur, aut res manu militari ab illo auferatur: ut juris & moris est in omni executione rerum dandarum atque præstandarum. Si tamen adhuc sua procacia faciat ne res haberi queat, cum ad factum nemo præcise possit cogi, utique tandem in præstationem ejus quod interest desinere jus actoris oportet. Plus difficultatis in *l.* 12. *de Action. empt.* esse videtur; *Si jactum retis emero, & jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei æstimandum est*. Potest quidem & solet responderi, esse illam quasi facti venditionem, & in omnibus facti obligationibus liberari posse debitorem præstando id quod interest; sed præter quod medium illud respondendi per se controversum vel potius falsum est, ut ad *tit. de V. O.* probavimus, quid tum faciemus sequentibus verbis, si *quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id æstimari debet quod extraxit*? Jam enim res certa palam extat, nec applicari potest, ad factum neminem posse cogi, durissimum quoque est id quod alii respondent, emptorem sua voluntate in id quod interest heic agere; verba enim *reddere noluit, æstimari debet*, nimis imperiosa sunt, quam ut arbitraria libertas emptoris inde colligi possit. Magis est, ut rei venditæ conditionem illi ejusmodi esse dicamus, quæ aliam agendi facultatem penitus respuat. Quid enim? Venditor extractos pisces reddere non vult; quid faciam? Numquid eum vi cogam? Hoc juris & publicæ disciplinæ ratio non patitur; Ergo ad judicem eamus; litem contestemur & cætera, pisces interim si non distrahuntur ab venditore, quid aliud quam computrescent? Res igitur & necessitas subigit emptorem, ut piscium æstimationem accipiat, quando ipsa corpora expectare non potest. Prorsus eadem species est in *l.* 10. *C. de Action. empti*. *Cum venditorem carnis fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas; ex empto actione eum, quanti interfit tua, si tunc tibi præstita fuisset, apud præsidem provinciæ convenire potes*. Venditor non vult tradere carnes. Quid hoc est? Nihil aliud *quam rumpere fidem conventionis*: hoccine tantundem est ac liberari præstando id quod interest? Quid agam cum violatore fidei datæ, litemne contestabor de carnibus non traditis? Haud alius erit exitus quam in piscibus; adeoque nihil superest, quam ut in id quod interest agam. Certe Leges nihilo secus quam sunt res humanæ, recipiunt interpretationem, idque consultis Juris agendum est ut instituatur. Plura vid. apud D. Vinnium *alios que Interpr.*

5. (e) Præterea consensui adversus est error; proinde si partes vel in corpore, vel in materia totaliter erraverint, nulla est emptio venditio, secus si pro parte tantum, *l.* 9. §. *ult. D. de Contrahend. Empt.* qua de re diximus *ad tit. de inutil. stipul.* ubi de ratione differentiæ, cur stipulatio per errorem in materia non vitietur, secus at emptio venditio. Exemplum totalis erroris est in *l.* 41. §. 1. *de Contr. empt. Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens; nulla est emptio, pecuniaque eo nomine data condicetur*. Quia scilicet auri lamina, quæ mensam tegit, non est pars ejus, ab eaque tota separari potest. Aliud exemplum in *l.* 14. *eod. Coheredes viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendiderunt, eaque inventa est magna ex parte ænea. Venditionem esse constat ideo*, inquit Ulpianus, *quia aliquid auri habet*. Eo quod aurum ibi sic argento junctum est, ut inde non possit auferri, unumque cum viriola corpus efficiat; etsi minus aureæ substantiæ inibi sit, quam fortean in lamina corpus aliud ambiente. Subtilitas esse videtur, sed quæ ratione palpabili non destituitur. Res interim in eventu damni aut lucri, ferme eodem redit; nec enim dubium est, quin heres hoc ultimo casu actione vel exceptione suæ indemnitati consulere possit. (1)

(c) *Pos.* 4. 6. (f)

(1) *De errore in materia & substantia rei venditæ, consule omnino vir. Amplis. Corn. van Bynkershoeck observat.* lib. 6. cap. 14. *Cui adde Averan. interpret.* lib. 1. cap. 19.

Digitized by Google

6. (f) Secundum substantiale est pretium, sine quo nulla venditio constare potest. *in fine pr.* Idque certum esse debet, adeoque in arbitrium emptoris inutiliter confertur, *l.* 35. §. 1. *D. & l.* 13. *C. de cont. empt.* sed potest in arbitrium tertii conferri, quo casu quasi conditionalis venditio est, nam si tertius ille pretium definiverit, emptio procedit; quod si pretium tertius ille iniquum definiverit, modicum est ferendum, immodica & fraudulenta inæqualitas corrigi posse creditur provocatione, ut multis videtur, ad arbitrium boni viri, *arg. l.* 78. *& seqq. D. pro Socio. Vir bonus est quis?* Rogat Horat. 1. *epist. Qui consulta Patrum, qui leges juraque servat.* Nec tantum is, qui judicandi munere fungitur, sed quilibet integræ vitæ & existimationis, idoneusque & diligens Paterfamil. Nam vir bonus & bonus Paterfamilias apud juris auctores promiscue accipiuntur, *l.* 13. §. *ult. de usufr. l.* 20. §. 1. *de oper. libert. & l.* 13. *de ann. Leg.* Tamen cum ab iniqua pretii definitione provocari dicitur ad boni viri arbitrium, palam est, judicis officium intelligi, quod frequenter boni viri arbitrium appellatur. Judicem *viri boni & innocentis officio* fungi debere, ait *l.* 4. §. 1. *Famil. ercisc.* Unde ad judicem, id est ad virum bonum, *l.* 137. §. 2. *de V. O.* nec aliter arbitratus boni viri intelligitur in *l.* 12. *l.* 17. *D. Jud c. solv. & l.* 4. *C. de. restitut. mil.* Cæterum quod de fraudulentia tertii in definitione pretii diximus, non est quod mutemus, si quidem & transactio dolo inita rescinditur. *l.* 19. *C. transact.* Sed de inæqualitate quæ est infra duplum, non recedimus ab eo, quod *in Pos.* 20. collocavimus; Arbitrium boni viri quod in societate receptum est, ad venditionem non pertinere, cum quod æqualitas fortius est de natura societatis quam venditionis, tum quod de venditione sanctionem habemus specialem, non dari rescissionem nisi læsione dupli perpetrata. Proinde si inæqualitas duplum veri pretii excedat, tum datur remedium, *l.* 2. *C. de Rescind. vendit.* quo semper emptio venditio rescindi potest, si alter contrahentium ultra duplum sit læsus, vel, quod idem est, ultra dimidium, sive, si sic mavis, alterum tantum; hæc enim æquipollent. De hoc beneficio latius agitur in D. & in C.

7. (g) Equidem pretium necessario in pecunia numerata consistere debet, saltem quæ numerari possit, etsi forte quantitas ejus initio non exprimatur; etenim vendi potest res eo pretio, quod in arca est, *l.* 7. §. 1. *D. de cont. empt.* tametsi in materia Legatorum pecunia sic demonstrata quosdam corporeæ considerationis effectus habet. *l.* 30. §. *pen. l.* 34. §. 4. *& l.* 51. *de Leg.* 1. Quando autem pro re datur res non pecunia; tum est permutatio, sive contractus do ut des, cujus olim usus frequens fuit; unde & nomen accepit, sed, nummis repertis, rarior facta est permutatio, ideoque inter contractus innominatos relata est, quia parem cum illis naturam habet; hinc pœnitentiæ locus est in illa, quatenus is, qui a sua parte rem dedit, potest revocare quod dedit, antequam alter vicissim dederit. *l.* 3. §. 2. *D. de Condictione causa data non secut.*

8. (h) Quod si pro re partim pecunia, partim res alia detur, tum si pecunia præpolleat, venditio, si res pluris sit, permutatio dicitur. Si æquipolleant res & pecunia, magis est ut emptionem dicamus, quia hic contractus frequentior est, & proinde facilius præsumitur. Datur autem ex permutatione, quemadmodum ex cæteris contractibus innominatis, *Actio præscriptis verbis*, ut loquitur *tit. ff. de Præscr. verb.* Cæterum disputatio, quæ fuit olim inter Sabinianos & Proculejanos, an emptio venditio sic fieri posset, uti res pro re detur, jucundior est hodie quam utilis, vide apud Salmas. *de Usur. lib.* 1. cujus sententiam neque scitam neque justam putat D. Wissenbach. *disp. ad Inst.* 35. *th.* 14. magis tamen probatur D. Vinnio *ad hunc locum*, cujus videantur rationes. (1) Diximus præterea, permutationem habere nomen, & tamen esse contractum innominatum, eo sensu quem collocavimus. Alii respondent, non esse proprium permutationis nomen, cum aliis etiam contractibus conveniat, ut locationi, dotis dationi, divisioni, *l.* 20. §. 3. *D. Famil. ercisc. & l.* 77. §. 18. *de Leg.* 2. etiam de emptione venditione quandoque usurpatur, ut apud Plin. *Nat. Hist. c.* 55. *Permutare quidem pretio volunt*, ait, *aliaque merce*. D. Wissenb. *d. disp.* 35. *th.* 16. Verum si exinde, quod vocabulum aliquando obiter in diverso sensu accipitur, colligere vellemus non habere illum contractum nomen proprium, tum pauci forent contractus nominati, quibus nomen suum manere posset certum; non sane pignori, cujus quidem species sunt decem & ultra, quæ non sint contractus; neque societati, quando & rei communio

(f) *Pos.* 19. *&* 20. (g) *Pos.* 21. *&* 23. (h) *Pos.* 22.

(1) *Quæ magis speciosa quam solida sunt, uti recte observat Hein. in not. ad Vinn. ad hunc locum, quem vide.*

Digitized by Google

nio, quæ societati opponitur, tamen societas dicitur. §. 3. *infra de oblig. quæ quasi ex contract.* Nec proinde permutationem vetat quidquam inter contractus innominatos recenseri; nec adeo vix est, ut discrepet a contractu, quem vocant Do ut des, licet ab aliis distinguantur, qua de re videamus *ad tit. ff. de Rer. permut.*

9. (i) Emptor antea non fit Dominus rei venditæ quam traditione secuta; tametsi enim in venditione id agatur, ut dominium transeat in emptorem, id tamen non fit immediate, sed demum post traditionem fidemque de pretio habitam, ut habuimus *supra de rer. divis. th.* 39. tamen si ante traditionem per casum fortuitum res intereat, damnum est emptoris, §. 3 *h. l.* 8. *D. de periculo & commodo rei vend.* non obstante quod periculum cujusque rei pertinet ad Dominum, *l. 9. C. de pignor. actione.* atque venditor ante traditionem adhuc sit Dominus. *d.* §. 3. *in f.* Nam hæc regula cessat quando idem est debitor ejusdem rei, venditor est quidem dominus, at simul debitor rei venditæ; præter quod causa dominii jam existit & perpetrata est. Quamvis autem de casu fortuito venditor non teneatur, tamen de Culpa levi tenetur, secundum regulam *l.* 5. §. 2. *Commodati.* præterquam in vino ad certas mensuras vendito neque dum admenso, sed degustato: Nam hoc casu levissima culpa præstatur ob rationem specialem, & sic cape *l.* 3. *de pericul. & comm. rei vend.* Ratio illa specialis est, quod venditio quantitatum non intelligitur esse perfecta, nisi post admensionem, appensionem, vel admumerationem, uti modo ex *l.* 35. §. 5. *D. de cont. empt.* observatum; sed vino degustato licet non admenso, periculum qualitatis, ut acoris atque mucoris, statim est emptoris. *l.* 1. *pr. de peric. & comm. rei vend. l.* 4. §. 1. *eod.* (3) Jam quia emptor fert aliquod periculum ante venditionem plane perfectam, placuit venditorem quoque plus culpæ præstare: nisi forte dicendum sit, ut vult D. Vinnius *n.* 10. nec non 4. & 5. in venditione rerum, quæ admetiendæ sunt, generaliter levissimam culpam præstari. Cæterum vino per aversionem vendito, hoc est integris doliis, periculum statim est emptoris. Plane, quin per conventionem venditor & ad culpam omnem & ad periculum obligari possit, nihil est dubitandum, per *l.* 23. *de R. J. hoc* §. 3. verb. *si susceperit.* Sunt & alii casus excepti, quibus periculum ad emptorem non pertinet, quos enumerat D. Voetius *Comment. ad hunc tit.* §. 3. *n.* 2. Idemque *n.* 3. scribit, in Frisia, teste Wissenbachio, judicatum esse, periculum rei venditæ ante traditionem venditori non emptori incumbere: Sane Wissenbachius noster ita tradit sibi esse commemoratum. *parte* 1. *ad Pand. disp.* 35. *th. ult.* Quidquid autem de illius narrationis auctoritate sit, ego praxin in foro Frisico nihil hac parte ab jure civili discrepare certus sum, nec hæsitare vidi peritissimos veteresque Advocatos, convenientia Juri nostro respondere de ejusmodi casibus consultos.

10. Placet addere responsiones ad tres leges objectas in gratiam juniorum, σχολαστικῶς. Paulus in *l.* 12. *de peric. & comm. rei vend.* *Lectos emptos ædilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris periculum esse placet.* Periculum non aliter emptoris est, quam post traditionem aut moram. Resp. Venditor hic fuit in culpa lectis non melius custoditis, ut in via publica eos relinqueret; nam periculum etiam culpæ respectu dicitur. *arg. Rubr. ff. de Administr. & peric. tut.* Insto. Idem juris est, *etsi Ædilis non jure Lectos conciderit. l. seq.* Resp. tamen male custoditi sunt, quos ædilis imperiosior putavit concidendos, quibus salvo commodo publico parcere potuit: Non fuere tamen res venditæ in via publica relinquendæ, hominumque injuriis exponendæ. II. Oppon. *l.* 14. §. 1. *eod.* *Materia empta si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit.* Resp. Furtum arguit culpam ejus a quo res custodienda fuit. *arg.* §. *unde constat.* 14. & *seqq. Inst. de oblig. quæ ex del.* III. Opp. *l.* 33. *Locati. Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quominus id præstes ... nam & si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex empto, ut pretium restituas, non si quid pluris mea intersit.* Resp. Non est hic casus mere fortuitus Θεῶν βία, sed publicatio præsumi debet ob delictum venditoris esse facta, vel saltem ejus respectu odioque, dum adhuc possidet, quo scilicet ipse non alius gravari debet. (4) Insto per hæc verba; *Quamvis per te non stet*;

(i) *Pos.* 15. 16. 17. 18.

(3) *De sensu harum legum consule omnino Gulielm. Best. rat. emendandi leges cap.* 8. & 9.

(4) *Videtur dicendum, quod in l.* 33. ff. locat. *fundus sola belli injuria fuerit publicatus, quæ injuria, venditori facta, emptori nocere non debet. Videsis Gerard. Noodt, ad pand.* lib. 18. tit. 6.

stet; tunc autem staret per venditorem. Resp. Non staret respectu emptoris & post venditionem. Delictum præcedens, si tale fuerit, non est violatio fidei in hoc contractu. Hæc hactenus; quo modo si in omnibus controversiis procederem, nimis longi fierent logi, etsi forte perspicuitati consuleretur. Cæterum sicuti damnum spectat ad emptorem, ita quoque lucrum pertinet ad eundem, veluti si res aucta sit vel fructus ex re provenerit. *d.* §. 3. *l.* 7. *de peric. & comm. rei vend.* Ubi redditur & ratio petita ex eo, quod secundum naturam est, uti commodum cujusque rei sequatur eum, quem sequuntur incommoda. *l.* 10. *de R. J.* Ideoque licet emptor non sit dominus, effectu tamen dominii ipse, non venditor gaudet; hic enim illi cedere cogitur actiones, quas tanquam dominus habet, rei vindicationem, aut condictionem furtivam, *hoc* §. 3. *in fine*. nisi fuerit emptor hereditatis, qui sine speciali cessione has habet actiones, quia est emptor universitatis. *l.* 16. *de Pact.* Denique & Ecclesiæ datur ex speciali jure, priusquam tradita sit res empta, rei vindicatio. *l.* 24. §. 1. *C. de SS. Eccl.* v. Bronchorst. *cent.* 2. *miscell.* 38. Posse quoque venditionem sub conditione contrahi, dubium non est, modo ne bonis moribus aut naturæ contractus repugnet, *l.* 27. §. 3. & 4. *de Pact.* & quidem antequam exitiat conditio periculum est Venditoris, quippe contractu nondum perfecto; sed post conditionem periculum est emptoris jure communi; quod si in diem venditio contracta sit, pendula dies nihil mutat in substantia obligationis, proinde, nec in ferendo periculo, *arg.* §. 2. *supra de Verb. oblig.*

11. (k) Pars II. de merce habet hanc regulam. Quæ haberi vel possideri queunt, ea vendi possunt. *l.* 34. §. 1. *de contrah. empt.*

Non possunt quæ commercio exemptæ, ut res sacræ, religiosæ, publicæ, §. *ult. h.* liberi homines, *d. l.* 34. §. 1. & 2. neque res extinctæ, (*) ut equus mortuus, domus exusta, *l.* 15. *pr.* §. 1. nisi pro parte usta fuerit, *l.* 57. *in pr. de contrah. empt.*

SCHOLIUM.

(*) *Quas scilicet ignoramus extinctas*, *arg.* d. l. 15. §. 1. de cont. empt. & §. 1. inst. de inut. stipul. vide supra notata ad n. 20. tit. de Legatis. *Unde equus mortuus si ut talis venditus fuerit, emptio erit, idem si area domus exustæ.*

Nec ædes ut destruantur, sub pœna dupli, *l.* 52. *d. tit.* non venena, nisi medice temperentur, *l.* 35. §. 2. nec denique res alienari prohibitæ. *l. ult. C. de reb. alien.*

Harum rerum venditio nulla est, *dd. ll.* sed qui res tales ignoranti vendidit, in id quod interest tenetur, §. *ult. h. l.* 62. §. 1. *de contrah. empt.* & hoc sensu ejusmodi rerum venditio valere dicitur in *l.* 4. & *l.* 70. *de contrah. empt.*

At res, quæ non existunt, futuræ tamen sperantur, ut fructus & partus futuri, vel captus piscium, avium aut missilium, recte venduntur; nam & spei emptio est. *l.* 8. *eod. tit.* Adde Wissenb. *ad ff. de contrah. empt. th.* 3. & *de act. empt. th.* 4.

Jura quoque incorporalia, ut hereditates, actiones, *tit. ff. de hered. vel act. vend.* item reditus annui, recte venduntur, *Nov.* 72. *cap. pen.* etiam iis in locis, ubi usura prohibita est; nec enim is qui emit, usuram percepit. Nam usura supponit sortem perinde ac fœtus peti posse, quod heic secus est, cum nihil quam reditus quotannis peti queat. Molin. *tract. de usur. p.* 12. Wissenb. *d. l. th.* 5.

Res quoque alienæ, sicut dictum, vendi possunt, *l.* 28. *d. t.* hactenus, ut venditor rem tradere cogatur & de evictione cavere, non ut emptor rem, quam probare potest alienam esse, accipere cogatur, nisi præstet venditor, ut ei rem habere liceat. Tulden. *ad tit. C. de act. empt. n.* 3.

De re furtiva sic est; si uterque scit furtivam esse, nihil agitur; si emptor solus sciverit & res tradita sit, ipse ad pretium tenetur, nec habet actionem ullo casu contra venditorem. Si venditor solus sciat, ipse tenetur in id quod interest, emptor ad pretium, quatenus rem habere vult, haud aliter *d. l.* 34. §. 3. junct. §. *f. h.*

12. (l) Res debet tradi cum fructibus & omni causa, *l.* 13. §. 10. 13. 18. & *ult. de action. empt.* fundum sequitur quicquid terra se tenet, nihil amplius, non ruta & cæsa (*a*) *l.* 17. *in pr.* & §. 6. *eod.* excepto sterquilinio, quod agri nutriendi, non causa vendendi habetur. *d. l.* §. 2.

SCHOLIUM.

(*a*) *An dolia & torcularia, an pisces, qui sunt in piscina, quæ est in fundo?* vid. *Wissenbach.* de A. E. & V. th. 4.

Ædes venditas (β) sequuntur, quæ perpetui usus causa in illis sunt, licet non adfixa, ut seræ pensiles, claves, claustra, opercula puteorum, personæ ex quarum rostris aqua fluit, quæque detracta sunt ædibus, ut reponantur, non

(k) *Pos.* 7. & *seqq.* (l) *Pos.* 14.

Digitized by Google

non quæ parata sunt ut imponantur. *d. l.* 17. *in pr.* §. 7. 8. *& seqq.*

SCHOLIUM.

(β) *Vinum*, *Tabernam*, *Horreum*, *Arcem venditas quid sequatur*, vide Wissenb. d. th. 1. item th. 5. 6. 7.

Atque hæc & similia deberi videntur emptori, licet dictum sit ædes vendi cum iis quæ terra, parietibus & clavis tenentur, ut vulgo fit; non tamen laminæ focales, aut lecti, vel scalæ, si mobiles nec fixæ sint, nisi si quo aliter adscendi nequeat. *arg. d. l.* 17. §. 7.

Agro ad certa jugera vendito pretioque in singula constituto, si plus minusve reperiatur, summa pretii augetur vel minuitur, secus, si ad speciem vendatur. *l.* 40. §. 2. *de contrah. empt.* Formulæ verborum caute examinandæ: bene si addatur, *pro mensura nummi*, aut *quantus quantus sit*, ut fere nostrates. Pactum de tempore metiendi servandum est, sed & ibi verba varie se habent, *d. l.* 40. *in pr.* vide auctores apud Wissenb. *ad d. tit. de contrah. empt. th.* 6.

Si de re vendita mentitus est, ut rem pluris venderet, tenetur venditor, *l.* 13. §. 4. *de act. empt.* item, si quid ex oneribus rei aliter professus sit in tabula publica quam in ea re est, sciens, tenetur in id quod interest; tametsi in conditionibus apud venditionem aliter posuerit, nec id ab emptore animadversum sit. *l.* 13. §. 6. *de act. empt.* Sand. 3. 4. 6. Mutuus dolus compensatur. *l.* 57. §. *f. de contrah. empt.*

13. (m) Tenetur venditor ad tradendum; unde si dominus est venditor, etiam emptor fit dominus, sin, evictionis causa tenetur. *l.* 11. §. 2. *de act. empt.*

SCHOLIUM.

Non præcise ad dandum: sed emptor ad dandum obligatur. Wissenb. de contrah. empt. th. 4.

Vacuam quoque possessionem (*) tradere debet venditor, hoc est, quam alius nemo civiliter aut naturaliter possideat, *l.* 2. §. 1. *& l.* 3. *pr. de act. empt.* & ad cautionem, quoties periculum evictionis imminet, tenetur. *l.* 24. *C. de Evict.* Sand. *d. tit.* 4. *def.* 9.

SCHOLIUM.

(*) *Sub stipulatione vacuæ possessionis, an veniant fructus, alia quæstio est, quam vide ap. Wissenb.* de A. E. th. 8. *cui junge Strauch.* d. l. & notas ibid.

Qui rem vitiosam vendidit, tenetur in omne id quod interest; si ignorans, tantum in id, quanti res minoris fuerit. *l.* 13. *in pr. de act. empt.*

At in *l.* 19. §. 1. *Locati.* indistincte in id, quod interest convenitur: forte ita, si damnum immediate ex eo vitio inferri debuit, ut si vinum in vase pertuso sit venditum. Secus in vitio, quod damnum interveniente facto emptoris adferat, ut in pecore morboso, in tigno vitioso. vid. Wissenb. *ad ff. locati. th.* 23. (5)

14. (n) Actio venditi datur post traditionem; prius agenti obstat exceptio rei venditæ non traditæ, *l.* 25. *de act. empt.* potest tamen ante traditionem agere venditor in hoc, ut emptor rem venditam tollat. *l.* 1. §. 3. *de peric. & comm.*

SCHOLIUM.

Imo etiam si modo offerat traditionem, emptor enim regulariter solvendo pretium, initium facere debet. vid. not. ad Strauch. d. l.

Venit in hanc actionem maxime pretium & usura post tempus rei traditæ, cum sumptibus & eo quod interest *l.* 13. §. 19. *& seqq. de act. empt.* & quicquid inter partes insuper convenit. §. 23. *& seqq. d. l.*

Denique, si in locatis ager aut domus fuerit, pensiones venditori, qui locaverat, cedent, ad tempus usque traditionis scilicet. *d. l.* 13. §. 11. & 13. *in med.* Wissenb. *de A. E. th.* 10.

(m) *Pos.* 24. (n) *Pos.* 26. *& seqq.*

(5) *Puto nodum in l. 19. §. 1. loc. ita expediri posse. Quod in casu istius L. ignorantia locatoris, dolia taliter vitiosa ut ex iis deinde vinum effluxerit, locantis, non fit excusata, quia non præstitit id quod adfirmaverat, dixerat enim esse dolia, adeoque adfirmaverat esse talia, ut possent continere liquorem, quod non præstitit.*

TIT.

TIT. XXV.

De Locatione & Conductione.

I. Definitio locationis conduct. explicata. II. Convenientia ejus cum emptione vendit. quo ad conventionem. III. Quoad rem. IV. Quoad pretium. V. Quid si merces certa non sit expressa, vel non consistat in pecunia numerata. VI. Si conventum sit cum fabro de poculo faciendo, an emptio venditio, an locatio conductio sit. VII. Emphyteusis definitio explicata. VIII. Differentia ejus a locatione. IX. Modi quibus finitur emphyteusis. X. Discrepantia locationis conduct. ab emptione vendit. XI. De actione conducti. XII. De actione locati. XIII. Modi quibus finitur locatio. XIV. Speciale quarundam conductionum.

(a) LOCATIO CONDUCTIO, est conventio de re aliqua fruenda vel facienda pro certa mercede. Dicitur a *Loco*, unde *Locarium*, merces stabuli aut tabernæ, ut solarium, quod pro usu soli penditur, nomine contractus ab usu rerum immobilium, quæ species præcipua est, petito. Verba *fruendi vel faciendi*, significant locationem esse vel rerum vel factorum. In conductione rerum, Locator est, qui rem utendam dat, conductor, qui accipit. In locatione operarum, idem diverso respectu est locator atque conductor, nam qui locator est operis, idem conducit opus, & contra. *l. 19. §. 7. & l. 25. §. pen. & pass. h. t.* Verbis, *pro certa mercede*, distinguitur hic contractus a commodato, precario, mandato, quæ pecuniam penitus respuunt; etiam a contractibus innominatis, in quibus etsi pecunia promittitur, nulla tamen certa mercedis constitutio fieri solet aut potest, salva contractus Natura. §. 1. *h.* Natura hujus contractus & omne argumentum tituli, intelligitur ex convenientia & disconvenientia ejus cum emptione venditione, cui locatio conductio proxima est iisdemque juris regulis consistit. *pr. h. l. 1. & 2. h.*

2. (b) Regulæ istæ vel circa conventionem versantur, vel circa rem, vel circa pretium. Quæ ad ipsam conventionem spectant, hæ sunt: I. Uterque contractus est Juris Gentium & bonæ fidei, *l. 5. de just. & jur. §. 28. I. de Action.* ubi plenius de qualitate bonæ fidei dicetur. II. Regula: locatio, sicut emptio, perficitur solo consensu, *h. pr.* nisi convenerit ut in scriptura fieret, per *l. 17. C. de fid. instrum.* qua de re ad tit. *Præced.* ut intelligas, idem juris analogice in hoc casu esse in locatione conductione, quod esse diximus in emptione venditione. III. Regula; obscuritas conventionis nocet in dubio tam venditori quam Locatori.

SCHOLIUM.

Sed hæc regula multas limitationes admittit, & valet tantum in eo casu, si creditor & locator conditiones adjecerint contractui. Quod si igitur emptor & conductor conditiones adjecerint, contra eos interpretari solemus l. 39. de pact. *junct.* l. 33. & 34. de contrah. empt. *Alia exceptio est in* l. 13. Qui potiores in pignore.

RESPONSIO.

Regula nititur hac præsumptione; quod venditor & locator utrique legem dicere soleant. Quare si legem hoc modo reformare vis, obscuritas conventionis utrobique nocet ei, qui legem dixit, nihil refragor.

3. (c) Sequuntur regulæ, quæ ad Rem venditam aut locatam pertinent, quarum prima generalis est, dictans; Quæ res possunt vendi, easdem accipere locationem conductionem, ut ex inductione specierum utriusque tractatus constat. II. est; Res proprias neminem, sicut emere, ita nec conducere posse. *arg. l. 1. §. 10. de O. & A.* Adeo ut si quis rem alienam tibi locaverit eaque deinceps tibi donata vel legata sit, exinde nulla sit locatio conductio, tametsi temporis præteriti pensio, debeatur. *l. 9. §. ult. h. t.* Quid si convenerit, ut emptor rem certa mercede conductam habeat, donec omnis pecunia persolvatur, an eo casu dominus traditione factus ex causa venditionis, non est idem conductor, ut in specie *l. 21. eod.* ? Non videtur, quia tum fides de pretio non est habita, quæ res argumento est, dominium non esse translatum. *§. 41. de R. D.* III. Regula; Quæ accessiones sequuntur emptorem, eædem loca-

(a) *Pos. 1. & 2.* (b) *Pos. 3. & 4.* (c) *Pos. 5. & 6.*

Digitized by Google

locatione conductione comprehendi intelliguntur, qua de re *tit. præced.* actum & agetur *ad ff. tit. de action. empt.* In summa, quicquid rei affixum atque ad usum ejus perpetuum comparatum est, conductori præstandum est.

4. (d) Supersunt regulæ circa pretium. I. Sicut in venditione pretium consistere debet in pecunia numerata, sic etiam merces locationis in pecunia constitui debet. *l.* 5. §. 2. *Præscr. verb. l.* 1. §. 9. *Depos. & l.* 23. *Comm. Divid.* II. Sicut pretium in venditione, sic merces in hoc contractu conferri potest in arbitrium tertii, cum eodem effectu, quo supra de venditione diximus. §. 1. *h. t.* III. Merces hic etiam certa esse debet, quemadmodum de pretio rerum venditarum similiter antea dictum est. *d.* §. 1. *vers. qua de causa.*

5. (e) Cæterum, si quis rem aut factum alteri locaverit, nulla mercede expressa, tum non est locatio Conductio, sed contractus innominatus Do ut facias, vel Facio ut des, ideoque præscriptis verbis agitur, §. 1. *h.* quæ est ordinaria ex omni innominato contractu actio, præscriptione verborum rem gestam demonstrans & ex æquitate conclusionem suggerens, cum nullæ de ejusmodi negotiis actionum formulæ olim essent præscriptæ. (1) *l.* 1. *& toto tit. D. de præscr. verb. l.* 6. *C. de Transact.* Idem est, quando usus rei unius datur pro usu alterius rei, ut cum agricolæ alternis vicibus sibi invicem concedunt usum jumentorum, §. 2. *h. tit.* quam esse speciem innominati contractus dubium non est, *d.* §. 2. *in fin.* etsi ad nullam istarum quatuor specierum, quæ vulgo enumerantur, Do ut des, Do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias, referri queat; nisi verbum faciendi latius extendere velis, ut ita ad speciem, quæ Facio ut facias dicitur, referatur; quanquam sane faciendi obligationes proprie sunt ejusmodi præstationes, quæ in factum extreme desinunt, non quæ ad usum rei tendunt, ut hæc species. Tabulam pingere, insulam ædificare, Romam ire, & similia sunt mera facta, non traditiones aliæque rerum præstationes; tametsi & hæ facti aliquid contineant neque non facta sæpe dicantur.

6. (f) Affinitas utriusque contractus insuper duobus exemplis dubiis enarratur. Prius & facilius est *in* §. 4. *h.* convenisti cum fabro de poculo faciendo, quæritur emptio venditio sit an locatio conductio; si ex tuo argento fecerit, est locatio, si de suo est venditio. Prior casus ex utroque contractu mixtus est, sed a potiori fit denominatio. *l.* 2. §. 1. *h. tit.*

7. (g) Altera species, quæ dubii generis fuit olim inter emptionem atque locationem, fuit Emphyteusis, quæ definitur, Contractus consensualis, quo dominus fundi sui fructum & jus dominio proximum concedit alteri, hac lege, ut fundum faciat meliorem, & quamdiu vectigal sive pensionem præstat, eum fundum retineat. §. 3. *h. t.* Quandoquidem consensualis hic contractus est, utpote e duobus consensualibus mixtus, sequitur, scripturam ad ejus essentiam non requiri, quamvis ob pacta specialia, quibus potissimum emphyteusis a venditione atque locatione distinguitur, plerumque scriptura interveniat: unde verba in *l.* 1. *C. de jur. emphyt. interveniente scriptura.* Et forte in Ecclesiastica Emphyteusi scriptura vix unquam omittatur. *l.* 14. §. *ult. Auth. hoc jus. C. de SS. Eccles. N.* 7. *c.* 1. *N.* 120. *c.* 6. *&* 7. Res loquitur, genus hoc contractus alibi quoque gentium non fuisse incognitum, ideoque magis est, ut origine juris gentium sit. Quod enim Zeno Imperator in *hoc* §. propriam emphyteusi naturam statuisse dicitur, id sane habet hunc sensum, quod cum antea dubitaretur, utrum emphyteusis esset emptio venditio, an Locatio Conductio, Zeno statuerit hunc esse contractum a duobus reliquis distinctum. Plane quæ a Zenone sunt addita *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* tantum ad formam pertinent, non ad originem emphyteuseos. vid. Wissenbach. *P.* 1. *disp.* 18. *th.* 30. Jus dominio proximum efficit, uti multo plus juris habeat emphyteuta quam usufructuarius, tametsi in eo conveniat, quod utrique datur utilis in rem actio, *l.* 1. *D. si ager vectig. id est emph. pet.* usufructuarius fundi faciem mutare non potest, veluti ex arvo cereali facere vineam, ex sylva novalia, *l.* 13. §. 4. *l.* 44. *& l.* 61. *D. de usufr.* sed emphyteutam hoc facere posse, nulla ratio dubitandi est. Giphan. *ad l.* 1. *C. de jur. emphyt.* Dictum est in definitione, fructum & jus dominio proximum *fundi* hoc contractu transferri. Nam utique res mobiles ad usum hujus negotii sunt ineptæ, quin & urbana prædia, ut ipsa vox *παρὰ τὸ ἐμφυτεύειν* & *rubr. Pand. Si ager vectigalis* & scopus meliorationis indicat. Perez. ad *tit. C. de jur. emphyt. n.* 2. Sequitur in definitione, *ut fundum faciat meliorem*: etenim hac gratia domi-

(d) *Pos.* 7. & 8. (e) *Pos.* 9. & 10. (f) *Pos.* 11. (g) *Pos.* 12. & 13.

(1) *Confer Hein. Antiquit. Rom.* lib. 4. tit. 6. §. 32. *& ejusd. not. ad Vinn. ad* §. 1. h. t. n. 1.

domini, jus quasi dominii suorum fundorum pro vectigali modico transferunt, ut colendo curandoque meliores atque fertiliores fiant: unde quia hoc perpetuum est, ipsum jus emphyteuticum nomine meliorationum aliquando venit. *l.* 3. *in pr. d. t. C.* Verba ultima volunt emphyteusin sua natura jus tribuere perpetuum, quamdiu scil. vectigal sive pensio solvitur, ut *hoc* §. 3. & *l.* 1. *d. t. si ager vectigal.* declaratur; adjectio temporis contra naturam hujus contractus esse videtur. *l.* 1. *C. de off. com. sacr. palat. l.* 1. & 3. *de Locat. præd. civit. l.* 11. Sandius *lib.* 3. *decis. tit.* 6. *defin.* 10. *vers. quia a Saxone*. Est tamen ita, quod & tempus adjici potest non modicum, *l. ult. si ag. vectig.* quo casu aliis pactionibus, quæ conductionis modum superant, a locatione distinguendus est. In dubio alioqui locatio potius præsumitur quam emphyteusis, quia locatio conductio longe quam emphyteusis frequentior est.

8. Igitur, quid differat emphyteusis a Locatione Conductione, satis ex definitione constat. Etenim *Emphyteusis*, inquam, est de rebus immobilibus, & quidem de fundis, *Locatio* de rebus quibusvis, etiam de operis, a quibus emphyteusis est alienissima. *Emphyteusis* tribuit jus Dominio proximum, *l.* 3. *C. de jur. emphyt. Locatio* nihil quam usum rei. Conductor non tenetur de casu fortuito, §. *pen. h. t.* sed Emphyteuta fert omne damnum particulare. *l.* 1. *C. de jure Emphyteut.* Hinc ob insignem sterilitatem, propter quam Colonus impetrat remissionem mercedis, *l.* 15. §. 4. *D. Locati*. Emphyteuta nihil impetrat remissionis, *d. l.* 1. *C. de jur. emphyt.*

9. Differunt quoque in modis finiendi; nam Emphyteusis finitur si Emphyteuta jus suum, ignaro domino, in alium transtulerit, titulo venditionis; nam donatio aut alii tituli non prohibentur: *l. ult. C. eod. tit. l.* 71. §. *pen.* & *ult. de Leg.* 1. Neque enim istis titulis conveniunt ea, quæ in *d. l. ult.* junguntur prohibitæ venditioni; scilicet, quod domino pro consensu debetur quinquagesima pars pretii, vulgo laudemium (origine vocis latinissima, ab auctore laudando, flexione duntaxat semibarbara) ut & προτίμησις sive Retractus, quo dominus intra duos menses, eodem oblato pretio, extraneis emptoribus præferri potest. Cæterum, conductor alium substituere potest, si non interest Domini. *l.* 6. *C. h. t.* Secundo finitur, si Emphyteuta non præstiterit apochas publicarum functionum, hoc est, si non solverit tributa fundo imposita *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* Denique, si emphyteuta non solverit pensionem intra triennium, vel si ecclesiasticæ sit Emphyteusis, intra biennium, *l.* 2. *C. de jur. emphyt. auth. Qui rem. C. de SS. Eccles.* qui modus convenit etiam ex parte, ut mox dicetur, locationi.

10. (h) Satis longa fuit digressio: Redeamus ad locationem conductionem, cujus convenientiam cum emptione venditione habuimus. Videamus & discrepantias.

Prima, locatio tam est factorum quam rerum, venditio factorum non est; jactus retis quidem venditur, sed hæc magis est spei sive rei incertæ, quam facti venditio. in *l.* 12. *de action. emp.*

II. Emptor & venditor semper eodem modo se habent, ut Emptor rem habere, venditor ea carere pretiumque habere velit. Etiam in locatione rerum ita. Nam conductor est, qui rem accipit fruendam & dat mercedem. Locator, qui dat rem fruendam & mercedem accipit. In factis uterque locator & conductor est. v. c. Poculum loco faciendum, hortum putandum; Fabri, hortulani operam conduco. Faber, hortulanus operam locat suam, Poculum, hortum conducit.

SCHOLIUM.

Communis opinio est, locatorem operæ esse conductorem operis, & conductorem operæ esse locatorem operis per l. 19. §. 7. & l. 25. §. pen. & passim h. t. *Sed locatio & conductio operis est impropria, tum quia locator non accipit mercedem, tum quia conductor rem non accipit ad usum suum. Unde nec actio locati locatori, nec conducti conductori, sed illi actio conducti tanquam conductori operarum, huic locati tanquam operarum locatori competit.*

RESPONSIO.

Est quæstio de verbo. Non opus est ut locator facti accipiat mercedem, quo Locator sit, nec ut conductor re fruatur, hæc petunt principium. Actionem locati non dari ei, qui hortum locavit elaborandum, nec conducti hortulano, gratis dicitur: Nihil obstat quominus detur.

N. ADDIT.

Ita est, est quæstio de verbo, in quibus firmus facilis. Quoad rem ipsam, locator in genere similis est venditori, conductor emptori. Hoc intuitu, locator concedit usum vel rei vel operæ, conductor dat

(h) *Pos.* 14. & *seqq.*

dat mercedem. Et hic significatus est haud dubie proprius. Ergo is, qui huic est oppositus, haud dubie erit improprius. Si nihil obstat, quominus detur actio conducti hortulano, locati domino, qui conduxit operas hortulani, fiet confusio actionum, non solum distinctarum, sed & oppositarum, ac idem hoc esset, ac si dicerem, actionem venditi competere emptori, empti venditori. Ita idem haberet adversus eundem, intuitu ejusdem negotii, actionem & locati & conducti.

III. Differentia. In venditione id agi intelleximus, ut dominium transferatur, Locatio conductio *dominium transferre non solet. l. 39. Locati*. Quæ verba non carent emphasi; quatenus dantur casus quidam anomali locationis conductionis, in quibus ipso actu Dominium transfertur: veluti, quando argenti pondo certum damus fabro, ut tantundem in vasis factis restituat, aut cum frumenta plurium, quæ transvehenda locantur in una nave, confunduntur. vid. *l.* 22. §. 2. *l.* 31. *d. tit.* (2) Faber conducit domum faciendam, ut ipse materiam præstet; Coquus epulum conducit præbendum, ut ipse edulia quoque præstet; Locationes esse videntur, quibus dominium transeat. Hinc IV. differentia; In locatione conductor non fert periculum rei de casu fortuito, ut emptor, sed tantum de culpa tenetur. §. *pen. h.* V. Differentia; Pretium emptionis nunquam nisi in pecunia numerata consistere potest; merces conductionis potest etiam consistere in certa quantitate fructuum, qui ex fundo locato proveniunt, *l.* 8. & *l.* 21. *C. Locati*. quanquam & hæc species ad societatem, vel ad Contractum innominatum accedit, *l.* 25. §. 6. *D. eod.* & *l.* 8. *C. de pact.* ubi *partiarii* coloni.

SCHOLIUM.

Partiarius colonus cum colono d. l. 21. *non debet confundi. Nam partiarius colonus non præstat certam quantitatem fructuum, sed incertam, v. g. quartam partem &c.*

RESPONSIO.

Non confunduntur a nobis partiarius & qui pro definita quantitate fructuum conduxit, sed utrosque opponimus eis, qui pecuniariam dant mercedem.

N. ADDIT.

Ita bene est. Quod tamen sensum hunc ex verbis Autoris non potuerim exsculpere, alii videant an meo vitio id sit factum, & an verba: quanquam & hac species &c. *alium suadeant sensum, quam quem ego supposui in Scholio.*

Denique in locatione non habent locum, ut in venditione, cautiones de Evictione aut Ædilitii Edicti, quod est de vitiis rerum, de quibus in Pandectis agendum, *l.* 1. & *t. t. de Ædil. Ed.*

11. (i) Nascitur ex hoc contractu Actio conducti & Locati. *pr. h. t.* Conducti Actio datur conductori ad petendum usum rei locatæ, & si quid sua interfit, *l.* 7. 8. 9. *h. t.* tametsi fortasse per ipsum locatorem non steterit, quominus re conducta uteretur, sed per aliquem tertium, *l.* 33. *D. locati.* sane, si rem ita non reficiat, ut quis commode ea re possit uti, aut aliud quid non præstetur quod lege conductionis aliter convenit, agi potest, *l.* 15. §. 1. *eod. tit.* ut tamen remissio mercedis ob quodlibet transversarium peti non possit. *l.* 27. *in pr. h. tit.* denique impensas utiles aut necessarias in rem factas conductor repetet, nisi ex lege conductionis ad eas fuerit obligatus. *l.* 55. §. 1. *h. t.*

12. (k) Locati actio datur locatori, ad repetendum rem locatam atque mercedem, & id quod interest. *l.* 25. & *l.* 28. *C. h. t.* Quo autem tempore solvenda merces? Quo convenit sine dubio, *l.* 16. *C. h.* & *l.* 23. *in med. de R. J.* alioqui non videtur esse causa exigendi ante tempus usumque rei finitum, nisi mos regionis aliud ferat. *l.* 34. *de R. J.* Non tamen ad integram mercedem tenetur conductor; Nam si vi *majori* βιαίου βίᾳ, non ex vitio rei vel pravo successu curæ atque culturæ (aliter *Pontifex* c. 3. *Locati*) magna sterilitas agrum afflixerit, remissionem, ut diximus, impetrat conductor; nisi in se periculum susceperit, vel ubertate sequentis anni præcedens sterilitas compensetur, *l.* 15. §. 2. & *seqq. l.* 7. 8. *D. h. t. l.* 8. *C. eod.* quin remissa merces ob fertilitatem secutam revocari potest, etsi donandi verbo sit usus Locator; quia magis est, ut transigendi animus intelligatur. *d. l.* 15. §. 4. Quod si conductor rem ante tempus dictum sine justa causa deseruerit, ad integri temporis mercedem & quidquid præterea domini interest tenetur. *l.* 55. §. *ult. h. t.* Estne justa causa metus spectrorum? Non facile, nec tamen non prorsus. vide *l.* 27. §. *ult. h. t.*

SCHOLIUM.

Quid ex l. 25. §. ult. hic *Autor inferre velit, ignoro. Ad* l. 184. de R. J. *provocat Wissen.* ad ff. h. t. th. 16. & *argumento ejus in Senatu Parisiensi judicatum refert, metum spectrorum non esse justam causam recedendi a locatione. Quamvis*

(i) *Pos.* 34. et 35. (k) *Pos.* 32. et 33.

(2) *Hanc* l. 31. *eleganter & solide exponit. locat. vir ampliss. Corn. Van Bynkershoek observat.* lib. 1. a Cap. 1. usque ad 8.

Digitized by Google

vis ipse Wissenbachius metum spectrorum inter vanos referendum non vult, & ita a Senatu Parisiensi dissentit. Sed videntur tamen conciliari posse. Est metus hic non semper vanus, quia dantur spectra, idque non credimus saltem, sed & ex variis exemplis scimus. Sed est tamen saepe vanus, tum propter excessum imaginationis, tum propter varios dolos hominum malignorum & otiosorum. Unde non sine causa refert Lucien Sœfve dans le nouveau recueil des plusieurs questions notables cent. 2. chap. 32. *in supremo Auditorio Parisiensi fuisse in simili casu judicatum contra conductorem, praeprimis cum ille ad probandam spectrorum apparitionem, testes saltem produxerat feminas & virgines deponentes, lectos & stragula ipsis fuisse vi subrepta, cibariaque remota, massas quasi igneas in aedibus huc illuc volutatas, tigna ex superiore domus parte dejecta, sensisse etiam se ad ventriculi regionem ita comprimi, ut vix spiritum ducere potuerint, quae omnia vel ex naturalibus causis, vel hominum illudentium artibus orta esse poterant, nemoque deponeret, se oculis vidisse spectrum, aut verbera vel aliam noxam ab eo accepisse.*

RESPONSIO.

Pro l. 25 *poni debet* l. 27. §. ult. d. tit. *quae de causa emigrandi, propter justum vel injustum timorem loquitur. Sed haec res ex legibus in terminis non decidetur. Res pendet e facti circumstantiis & conditione personarum.*

N. ADDIT.

Jam quidem mallem assensum praebere judicato Senatus Parisiensis, judicantis vanum esse metum spectrorum. Ad ea, quae in contrarium in scholio sunt allata, facile regeri potest, exempla aliorum non parere scientiam, sed fidem, vel etiam credulitatem.

Culpa, ad quam tenetur Conductor, est levis. *l.* 5. §. 2. *D. Commodati.* Obstat quidem *hic* §. *pen.* & *l.* 25. §. *penult. D h. tit.* ubi diligentissimi patrisfam. officium exigitur: sed fundamentum *d. l.* §. 2. est stabile & proinde in reliquis textibus agitur vel de specialibus negotiis, quorum administratio majorem curam postulat, vel superlativus loco positivi collocatus videtur negligentius, quod fit aliquando, ut in *l. 6. Quod met. c.* Constantissimus pro *Constans.* Tenetur etiam conductor de omni damno, quod ejus contemplatione datum est, veluti cum propter inimicitias ejus vicinus arbores excidit: nam & hoc culpae ipsius adnumeratur, saltem ipsi imputandum censetur. *l.* 25. §. 4. *Locati.*

13 (l) Modi quibus finitur locatio, sunt I. Tempus praefinitum, non mors; transit enim ad utriusque contrahentis heredes, §. *ult. h. t. l.* 10. *C. h. t.* ubi *viam veritatis,* qui secus putat, *ignorare* dicitur. Si contrahentes passi sunt tempus labi, nec usum rei mutaverint, tempus quo continuarunt, tacitae conventioni imputatur, imo in agris ad annum tenentur invicem, quia perceptio fructuum anno circumagitur, *l.* 13. §. *ult.* & *l. seq. h. t.* in urbanis, quatenus habitatum est, *l.* 13. §. *f. h. t.* quod non ita cape, ut is qui *v. gr.* per triennium in aedibus habitavit, eo tacite elapso, rursus ad triennium conduxisse videatur; sed quod id tempus, quo post spatium condictum habitare perseveravit, vi conductionis habitaverit, cum hoc tamen sensu, uti semper & expelli & excedere possit. Moribus *passim,* nisi certo tempore ab eo, qui a locatione vult discedere, sit renunciatum, ad annum usque renovata censetur conductio, tam in aedibus quam in agris, non etiam in rebus mobilibus. II. Finitur, resoluto jure locatoris, etsi longius sit tempus adjectum, ut si fructuarius rem locaverit & ususfructus sit finitus; nec quidem heres fructuarii in id quod interest tenetur, nisi defunctus jure communi non qua fructuarius locaverit. *l.* 9. §. 1. *h. t.* Eadem ratione per venditionem a locatore factam solvitur conductio, nec enim emptor ea stare tenetur, sicut nec reliqui successores particulares; nisi aliter convenerit. *l.* 25 §. 1. *h. t. l.* 9. *C. eod.* At si pacto non caverit venditor idemque locator, ipse conductori tenetur in id quod interest. Ideoque hujus refert in eum finem cum emptore pacisci. *d. l.* 25. § 1. Conductor tamen ex illo pacto nec actionem nec exceptionem habet, sed is, qui pactus est solus, *arg.* §. 19. *supr. de inut. stipul.* qui intervenire debet ad tuendum conductorem vel ei cedere jus suum. Exceptio est, si conductor pro hoc contractu hypothecam saltem generalem habeat; haec enim ei tribuit retentionem, donec ei satisfactum sit de eo, quod sua interesit, *arg. l.* 1. *in pr. de pignor.* & *hypoth.* Sand. *l.* 3. *t.* 6. *def.* 7. non puto tamen id esse verum de quolibet jure in re, quod conductor ex alia causa habeat, ut Sandius ibi ponit; contra liquet ex *l.* 25. *C. h. t.*

III. Finitur locatio, si conductor toto biennio non solvat mercedem, modo dominus jure suo velit uti, *l.* 56. *h. t.* quo casu obtinent ea, quae *superius n.* 9. de emphyteusi diximus. Wissenb. *ad ff.*

(l) *Pos.* 21. & *seqq.*

ad ff. h. t. th. 21. IV. Finitur locatio, si Dominus rem locatam propriis usibus necessariam esse probaverit; necessitas autem rigide accipienda videtur, ne temere adversus proprium factum nitatur *l.* 3. *C. de loc.* V. Si dominus ædes *corrigere maluerit*, ut sunt verba *d. l.* modo tanta reparatio sit, ut habitationem impediat; quod ob publicam utilitatem receptum, ne ædificia collabantur, quo nihil tristius urbibus *l.* 2. *C. de ædif. privat.* VI. Si conductor in re conducta male versatus sit, *d. l.* 3. hoc est, officium boni patrisfam. notabiliter egressus sit.

14 Invitus nemo in locatione semel finita persistit, nec locator neque conductor. *l.* 32. *C. de locat.* Sed publici prædii conductoribus tribuitur, ut aliis, si tantundem mercedis offerant, præferantur *l.* 5. *in f. C. de locat. præd. civil. vel fiscal. sive templorum.* Argum. *d. rubr.* extenditur hoc jus ad prædia templorum, non ad ecclesiastica, nec domuum miserabilium. Sand. *d. tit.* 6. *def.* 2. *in fin.* Idem privilegium habent studiosi ex jure canonico, *c.* 1. *X. de locat. cond.* idque moribus servatur. Sand. *ibid.* Publicani & conductores prædiorum publicorum viceversa non detinentur inviti in conductione, *l.* 3. §. 6. *de jur. Fisci.* nisi maximos fructus tulerint & locatio bonis conditionibus denuo fieri nequeat. *l.* 11. §. *ult. de publican.* Wissenbach. *d. l. th.* 24. Finitâ locatione, conductor rem evacuare debet, etsi dominium, vel aliud in ea re jus sibi esse contendat *l.* 25. *C. h. t* respice *ad n.* 12. *h.* Si neget restitutionem, possessionemque contumaciter retineat, donec ad restitutionem condemnetur, duplum præstare cogitur. *l.* 34. *C. eod.*

T I T. XXVI.

De Societate.

I. Quid societas. II. Quotuplex sit societas. III. De partibus lucri & damni IV. Si unus pecuniam, alter operam contulerit, an soluta societate sors dividatur. V. De distributione quæ fit conventione partium inequali. VI. Modi quibus finitur societas, ubi de renuntiatione. VII. De morte & cæteris modis. VIII. De actione pro socio.

(a) SOcietas est Conventio de rebus lucroque & damno communiter habendis. Genus est Conventio; qua voce distinguitur a Rei communione, quæ est ex numero quasi contractuum & sine conventione res facit communes, de qua specie in loco *inferius* tractabitur. *De rebus*; etenim res plerumque communicantur, *l.* 1. §. 1. *pro soc.* aliquando tamen dominium manet penes unum & artis operæque societas sola contrahitur cum lucro atque damno, ut mox ad §. 1. Partiarii coloni hinc non sunt alieni. *l.* 25. §. 6. *Locati.* Materiam faciunt res operæque honestæ, non turpes, ut monopolia, maleficia. *l. un. C. de monop. l* 53. & 57. *pro soc.* Proinde, quod sic, imo & aleæ Veneriique opera quæritur, ut a Vespasiano adamato apud Suetonium, id omne penes potitum, ut nactus est, manet, *l.* 59. §. 1. *eod.* licet aliter sit in hereditatis petitione & in negotiorum gestione, *l.* 52. *de Hered. pet.* & *l.* 8. §. 1. *de negot. gest.* in illa propter universalitatem judicii, quod merito pandecten voces; in hac, quia negotiorum gestor non habet animum sibi adquirendi, ut videtur. Neque tamen honestatem in definitione necessum est inseri, cum hoc in omni contractu & omnibus in jure traditis notissime intelligatur, ut vel ex primo juris præcepto apparet. Quanquam in lege Solonis, quæ extat apud Gajum *in l.* 4. *de colleg. & corporib.* societas memorari videtur *τῶν ἐπὶ λεῖαν οἰχομένων ἢ εἰς ἐμπορίαν, eorum, qui ad predationem, vel ad mercaturam proficiscuntur.* Interpres *in d. l.* 4. verba *ἐπὶ λείαν οἰχομένων*, non bene legit, aut male intellexit, cum ita vertit, *qui & multum simul habitantes sunt.* Quasi scriptum græce fuisset *ἐπὶ λίαν οἰκουμένων, nimis arcte habitantium.* Insolens foret Solonem probare societatem prædandi causa initam, nisi ex Thucydidis *Libr.* 1. constaret Græcos olim prædationem in Barbaros, hoc est, omnes non Græcos, ut licitam honestamque exercuisse: unde & causam belli Trojani arcessit. Quin & Aristoteles eo mihi respicere videtur, cum *lib* 1. *polit. c.* 4. venationem hominum, qui servili ingenio præditi, quique incertis sedibus vagantur, ut diebus nostris validi men-

(a) *Pos.* 1. & *seqq.*

mendicantes, in servitutem rediguntur, πόλεμον φύσει δίκαιον appellat. Vix etiam alio retuleris, quod est in *l.* 5. §. 2. *de capt. & postlim. reverf.* ubi Pomponius scribit, si cum gente aliqua neque amicitia neque fœdus sit, quod ex ea ad nos pervenit, nostrum fieri, & illorum, si quid e nostris ab illis captum, atque etiam homines utrimque servos haberi. Cæterum, inter societates illicitas refertur etiam quæ libertatis arctandæ causa inter Patronum & libertum initur, *l.* 1. §. 7. *Quar. rer. actio non datur.* quod ex præcedentibus explicandum, si fiat in continenti post manumissionem & quidem libertatis onerandæ causa, ut monet Cujac. *l.* 16. *observ. c.* 8.

2. (b) Est autem duplex Societas, universalis aut singularis. Universalis κοινοπραξία Theophilo, quæ omnium bonorum: Singularis, quæ certarum rerum est, ut olei, vini aut frumenti, *in pr. h.* vel potius Specialis, quæ est certæ negotiationis, ita ut singularis tum sit de una re, veluti de bove, aut equo emendo; quomodo (quod tamen operæ pretium non est in artem verti) tres species constituerentur. *in l.* 5. *pr. pro soc.* Divisione societatis in eam, quæ rerum est & quæ vitæ, scil. matrimonium, quam habet Vinnius *hic in pr.* non utimur, ut dictum *ad tit. de nuptiis*. Sub Universali comprehenduntur bona tam præsentia quam futura; hoc tamen discrimine, quod præsentia quasi traditione tacita vi conventionis ipso jure communicantur, exceptis nominibus. *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *&* 3. *in pr. pro soc.* Futura, cum primum adquiruntur, ejus sunt a quo adquiruntur, actione vero pro socio communicantur, *l.* 73. *pr. & l.* 74. *eod.* quomodo & ea, quæ in nominibus sunt ab initio communicantur. *d. l.* 3. *in pr.* Generalis sive universalis societas, iterum vel simpliciter, vel specialiter contracta dicitur. Simpliciter, quando societas inita est, non expresso utrum sit omnium bonorum, an certarum rerum. *l.* 7. *& seqq. eod.* Specialiter, quando diserte societas de omnibus bonis inita est. *l.* 3. §. 1. *eod.* In positionibus priorem diximus *universalem*, alteram simpliciter *generalem*, quod ita docendi causa licuerit. Differentia harum specierum est, quod ubi simpliciter contracta est, ea tantum inter socios communicantur, quæ veniunt ex quæstu, *d. l.* 7. *& seqq.* At specialiter societate contracta, tunc & hereditates & legata & donationes & quicquid ulla ratione adquisitum est, communicantur, *l.* 3. §. 1. *eod. tit.* consequenter & impensæ, cum alter sociorum aliquid in honorem liberorum vel in dotem quid erogavit, *l.* 73. *eod.* Cujac. 23. *obs.* 27. sed hæc differentia referre se videtur ad ea, quæ postea adquiruntur. Quid autem de præsentibus, an ea statim communia fiunt in societate simpliciter contracta? Ita Bachovius arbitratur, reprehensus a Vinnio *ad. pr. h. t. n.* 4. Etenim verba *l.* 7. ita ferunt, ut nequidem præsentia communicentur; si non fuerit distinctum, ait, videtur esse coita universorum, quæ ex quæstu veniunt. Imago & exemplum hujus differentiæ est in conjugibus nostri soli & Bataviæ. Apud utrosque societas omnium bonorum est inter Conjuges. Nostratibus eorum, quæ ex quæstu veniunt; rebus ipsis, quæ utrimque conferuntur, cuique propriis relictis. In Hollandia cunctæ res in continenti fiunt communes, ni pactis dotalibus aliter sit cautum. Initur etiam societas, vel expresse, per conventionem; vel tacite, rebus in commune illatis, idque est quod re, aut verbis fieri dicitur *in l.* 4. *pr. pro socio.* oportet autem hunc animum diserte expressum esse, vel saltem ex conjecturis evidentibus colligi, nam alioqui factum communiter initum non facit societatem; velut Legatum, donatio duobus facta, nec quidem emptio communiter facta. *l.* 31. *pro soc.* juncta *l.* 2. *C. eod.*

SCHOLIUM.

Ita quidem putavit Ulpianus l. 31. pro soc. *sed vereor, an ita cum Modestino* in l. 4. eod. *conciliari queat. Sane* l. 32. & 33. *quæ et ipsæ Ulpiani sunt, longe abeunt ab hypothesi Modestini in* d. l. 4. *et aperte Cajus* l. 2. Princ. ff. commun. divid. *si plures rem emerint, eandem communem esse cum societate asserit; quod et verius est et magis per* l. 2. C. h. t. *probatur, quam Ulpiani sententia. Cum Autore tamen sentit Wissenb.* ad ff. h. t. th. 20. *ubi et alios citat.*

RESPONSIO.

In l. 4. *nihil est, quam societatem* Re *iniri, hoc est ipso facto societatem exercendi, postquam res sunt collatæ, continuato; Quid inde ad unum emptionis factum? Interim verum est, cum emptio fiat expressa partium voluntate, plerumque eam fieri cum animo societatis; quod Cajus innuit in* l. 2. Comm. divid. *idque similiter actum fuerit in* l. 2. C. pro Soc.

N. ADDIT.

Sed cur Autor plane nihil respondet ad allegatas in Scholio leges 32. & 33. pro soc. *ubi mens Ul-*

(b) *Pos.* 4. *& seqq.*

Digitized by Google

Ulpiani satis expressa est, quod putaverit in casibus, ubi Modestinus voluit re & per nuncium societatem contrahi, id negandum esse, & in istis casibus formulam commun. dividundo locum sibi vindicare arbitratus fuerit.

3. (c) Fundamentum societatis est æqualitas, nisi aliter convenerit. Conventio vel est incerta, ut partes constituantur, vel certa, sc. quæ & quotæ partes futuræ sint. *l. 6. & l. 29. pro soc.* §. 1. *h.* Incerta conventio redigitur ad arbitrium boni viri, qui rationem collationis habet, ut qui plus pecuniæ operæve confert, plus etiam lucri percipiat. *l. 6. l. 76. & seqq. l. 80. pro soc.* Conventio certa de partibus lucri atque damni, ita ut placuit, servanda est; velut, si duo inter se pacti sint, ut ad unum duæ partes lucri & damni, ad alterum tertia pertineat, §. 1. *in fin. h.* aut unus lucri partem ferat, de damno non teneatur. §. 2. *vers. adeo. h.* Tametsi alias, si partes in lucro sint expressæ, non æque in damno, in hoc eædem partes intelliguntur & perinde vice versa. §. 3. *h.* Cæterum, leonina societas, ut unus ferat omne lucrum, alter omne damnum, penitus prohibita est. Nomen Leoninæ societatis est ex fabula, quæ extat apud Phædrum *fab.* 5. his verbis:

Vacca & capella & patiens ovis injuriæ,
Socii fuere cum Leone in saltibus.
Hi cum cepissent cervum vasti corporis,
Sic est locutus, partibus factis, Leo.
Ego primam tollo, nominor quia Leo.
Secundam, quia sum fortis, tribuetis mihi.
Tum quia plus valeo, me sequetur tertia.
Malo adficietur, si quis quartam tetigerit.
Sic totam prædam sola improbitas abstulit.
Nunquam est fidelis cum potente societas.

Nec vero aliter valet conventio de partium inæqualitate, quam si alter plus contulerit pecuniæ aut operæ alteriusve rei caussa. *l. 29. in pr. h. t. Si non fuerint partes societati adjectæ, æquas eas esse constat; Si vero placuerit ut quis duas partes, vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscumque alterius rei caussa.* Ex his sequitur, cum nihil de partibus dictum est, contrahentes sine respectu ad collationem æquales habere partes arithmetice, non geometrice, (α) ut loquuntur *d.* §. 1. & *d. l. 29. pr.* (β) Connan. *l. 7. comm. c.* 19. *n.* 5. Tulden. *ad h. t. n.* 5.

(c) *Pos.* 11. & *seqq.*

SCHOLIUM.

(α) *Imo geometrice per textus* posit. 12. *citatos, quos quidem Autor de casu, quo pactio de partibus fuerit interposita, loqui dicit, sed refragantibus verbis textuum.* conf. not. ad Strauch. XV. 29. p. 176.

(β) *Ita quidem est; Ulpiani verba in* d. l. 29. pr. *satis videntur innuere eum per æquas partes ibidem intellexisse æquas proportione arithmetica. Sed vereor Tribonianum* in §. 1. h. t. *idem cum Ulpiano sensisse. Quin potius per* æquas *partes ibi videtur intelligere æquas proportione Geometrica. Conjectura hæc est; Quærit Ulpianus* d. l. 29. *an possimus convenire ut unus duas partes lucri habeat, alter tertiam?* Ratio *dubitandi est, quod absque pacto ejusmodi quilibet æquas partes, sc. proportione arithmetica, habere debeat. Sed tamen hac ratione non obstante, respondet Ulpianus per τὸ* Placet. *In hunc locum incidens Tribonianus, dum Institutiones colligeret, (quod conferendo* §. 1. & 2. *cum hac* l. 29. *patet) putavit Ulpianum per æquas partes intelligere tales secundum proportionem Geometricam, & ita cum aliis JCtis* d. l. 6. & 80. *consentire. Unde cum ad quæstionem, quam Ulpianus tanquam dubiam ibi proponit, pervenisset, nec vero ita explicatis Ulpiani verbis ratio dubitandi amplius superesset, stylum mutavit, dicendo;* nec enim unquam dubium fuit, &c.

RESPONSIO.

Quid hoc? An textus in d. pos. *citati non agunt de casu, quo id actum est inter socios ut partes constituerentur? Tu inspice Lector, nec aliter reperies in* l. 6. l. 76. & seqq. & l. 80. pro soc. *Connani atque Tuldeni sententia satis aperte sequitur ex* d. l. 29. *Cur Tribonianus ab Ulpiano dissenserit, nihil caussæ profertur a Thomasio, nisi quod in fine non adjecit limitationem,* si modo; *quod ut totiens alias omissum, non arguit dissensum, sed defectum aliquem. Tu interim hoc serva sis. Pecunia & opera heic æquipollent. Pone, operas esse dispares ob imparem peritiam. Si tamen nihil dictum sit, partes lucri & damni erunt æquales arithmetice, ut nemo negat; si hoc in operis non est iniquum, cur in pecuniæ summis disparibus erit injusta Ulpiani sententia, cui veterum nemo contradicit?*

N. ADDIT.

Initio supponendum, phrasin de pactione super partibus interposita, secundum dicta ab Autore in præcedentibus esse æquivocam, quia conventio illa

Digitized by Google

illa vel incerta ut partes constituantur, vel certa, scilicet quæ & quotæ partes futuræ sint. 2. *Putavi Autorem, dum textus obstantes conciliare vult, & dicit*, l. 6 l. 76. seq. & l. 80. h. t. *loqui de casu, ubi pactio de partibus fuerit interposita, loqui de pactione certa. Neque aliter tum eum potui intelligere ex prælectionibus, ubi tum plane aliter erat scriptum, & quidem in hunc modum.* In omni Societate, cujus fundamentum est æqualitas, partes lucri & damni æquales intelliguntur proportione geometrica, hoc est proportione sortis quam quisque contulit, per *l. 6. & 80. pro soc.* ut est communissima interpretatio §. 1. *h. t.* Potest tamen conveniri, uti partes sint inæquales, quatenus opera unius plus quam alterius ad Societatem confert. §. 2. *h. & l. 29. D. d. tit.* Sic autem ait JCtus; *Si non fuerint partes societati adjectæ, æquas eas esse constat; Si vero placuerit ut quis duas partes, vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei causa* Unde statuendum videbatur, etsi plus ab uno sit collatum pecuniæ quam ab altero, tamen æquales esse partes, nisi convenerit, ut inæquales forent: adeoque partes ordinario simpliciter κατ' ἀριθμόν oporteret esse æquales, nec unum plus lucri quam alterum percipere, nisi aliter convenisset: aliter autem conveniri posse, non semper & indistincte, sed tum demum, ubi alter plus altero contulerit, sive pecuniæ, sive operæ, aut alterius rei, quæ utilitatem præcipuam rei communi adferat. Prior pars hujus sententiæ est Connani *l. 6. comm. C. 13.* Tuldeni *ad hunc tit. c. 5.* Sententia altera de pacto, quando id interponi possit ad inæqualitatem, est communis, ut testatur Vinnius ad §. 2. qui tamen adversus utramque disputat satis λογικῶς, sed non respondet ad *l. 29.* quo difficultatem tollat; adfert *l. 6. & 80. h. t.* sed nihil in illis adversum est Ulpiano, quia loquuntur de casu, quo pactio de partibus est interposita, non de eo, quod simpliciter & semper usu veniat. *Hactenus Autor.* (3) *Etsi igitur Autor textum prælectionum nunc mutaverit & eo modo conciliandi utatur, quod textus illi loquantur de casu ubi socii conventionem incertam de partibus fecerint, quod non nego, non tamen nobis deerit, alias rationes illi conciliationi opponendi. Scilicet* (4) *de eo inter me & Autorem convenit, quod in* d. l. 6. l. 76. seqq. & l. 80. h. t. *loquantur JCti de partibus geometrice faciendis, & quod Ulpianus in* l. 29. *loquatur de partibus arithmeticis. Constat etiam, Ulpianum non loqui de conventione incerta partium, reliquos vero JCtos in istis textibus ejus mentionem injicere. Id vero nego, ex ista disparitate fundamentum desumi posse conciliandi textus obstantes in quæstione de partibus societatis, si nullæ certæ partes assignatæ sint ab initio, postea assignandis, an secundum proportionem arithmeticam, an geometricam, idque sic probo. Haud dubie, qui sic eas determinare debet, sive antea conventum fuerit de determinatione, sive nihil conventum, debet id facere secundum arbitrium boni viri. Arbitrium autem boni viri non debet esse cerebrinum, sed fundatum in recta ratione, recta ratio in natura negotii. Et igitur arbiter, sive partes incerta conventione id antea voluerint, sive non, lite postea orta, debet judicare secundum naturam negotii. Natura vero negotii non duplex est, sed una. Ergo eandem naturam debet observare arbiter, si antea de partibus constituendis indefinite quid conventum? quam ubi nihil conventum. Et consequenter ista distinctio non facit ad conciliandos Autores qui partes diversimode assignant, unus arithmeticas, alter geometricas.* (5.) *Tribonianum ab Ulpiano dissensisse, jam ex eo probatur, quia Ulpianus partes arithmeticas assignans, secundum hactenus dicta, dissensit a JCtis, qui partes geometricas assignant. Quod vero Tribonianus verba Ulpiani referens ea intellexerit secundum sensum reliquorum JCtorum, dictum fuit in Scholio, ad quod nihil est in responsione exceptum quod satisfaciat.* (6.) *Denique ego, & mecum haud dubie omnes, qui sequuntur doctrinam JCtorum in* d. l. 6. *& parallelis, negabunt, quod Auctor tanquam indubitatum supponit, si operæ sint dispares, partes tamen lucri & damni fore æquales arithmetice. Nam hoc est contra* d. l. 6. (7.) *Nisi forte ludat hic Autor in voce partium lucri & damni. Nam quæstio principalis est de partibus lucri assignandis, si contributio pecuniæ vel operæ sit inæqualis. Et tum decisio est, quam nos sequimur, si duo sint contrahentes, non duas partes æquales esse faciendas secundum capita, sed secundum collationes. Cæterum de eo non est dubium, quod eam in dubio partem damni quis debeat sentire, quam sentit de lucro, & vice versa.*

4. (d) Potest quoque ita societas iniri, ut sortem unus conferat solus & tamen quæstus communio ad utrumque pertineat. *d.* §. 2. Quo casu

(d) *Pos.* 18. & 19.

casu quæritur, an soluta societate, sors quoque dividatur, an vero ad eum, qui contulit revertatur? Posterius affirmandum, nisi aliud inter partes actum esse appareat: Quia textus *in d.* §. 2. *l.* 1. *C pro soc.* tantum de lucro & damno loquuntur communicando, & quia sortis illa divisio, quæ ab uno collata fuerat, nimiam inferret inæqualitatem in contractum, cujus fundamentum est æqualitas: præsertim, quia cum socius invito altero semper habet renunciandi facultatem, alter ita sortis ab uno collatæ brevi nulloque momento particeps fieri posset, quod, ut tota res est, nimis enorme foret. Ita Fachinæus 2. *controvers.* 94. 85. Gail. 2. *obs.* 24. *n.* 6. Mantic. 6. *de tacit. & ambig. convent.* 5. *n.* 6. 7. Hoenon. *disp.* 17. *ad Inst. n.* 2. 3. Dissentiunt multi, quos vide apud D. Voetium *comm. ad hunc* §. 2. *n.* 2. qui & ipse dissentit. D. Vinnius *ad eund.* §. 2. distinguit cum Grotio, (quem D. Wissenbach. *disp. Inst.* 38. *th.* 10. reprehendit) ita videlicet; ut parum ab ea, quam collocavimus, sententia discedat. Pro nostra disputat etiam Perezius ad *Cod. tit. de societ. n.* 2. utens argumento inter alia, *l.* 52. §. 2. *D. h. t.* ubi unus ex sociis dedit pecus suum pascendum vel agrum colendum alii, quærendis in commune fructibus, pecus autem vel ager manet ejus cujus antea fuerat. Hoc autem satis constat, si quid lucri sit adquisitum, tunc eum, qui nihil ad sortem contulit, de damno postea superveniente teneri, quatenus lucri sui portio ferat; eo vero consumpto, non datur alius exitus, quam ut damnum recidat in eum, qui solus habet quod perdat, quia solus contulit sortem. *arg. l.* 9. *C. de pignor. act.*

5. (e) Cæterum, quando partes constitutæ sunt inæquales, tunc distributio secundum illam proportionem non fit in singulis negotiationibus, sed finita societate omnibus inter se collatis, lucrisque & damnis compensatis. *Ex. grat.* Societas libraria inter bibliopolas inita est, qui nundinis vernalibus lucrati sunt trecentos florenos, autumnalibus iterum perdiderunt 300. jam ille, qui duas lucri partes habet & tertiam damni, sic ait, ducenti debentur mihi de lucro vernali, tibi centum; de damno autumnali tibi ferendi sunt 200. mihi centum; atque ita ipse residuos haberet centum. Contra alter ait sic; Vere lucrati sumus trecentos, autumno perdidimus trecentos, ergo nihil superest dividendum; sed si lucrum vernale fuerit supra trecentos, tum superfluum illud, secundum conventionem dividendum est. *d.* §. 2. *in fin.*

SCHOLIUM.

Moribus nostris plerumque socii certos terminos ponunt quibus computationem lucrorum & damnorum ineunt, quod vocant die BILANCE ziehen, *nec adeo semper tempus finitæ societatis expectant. Quod si partes lucri cum partibus damni correspondeant, in effectu nulla erit differentia, an in singulis negotiationum articulis distributio fiat, an demum post certum aliquod tempus. Sin autem conventum fuerit, ut unus sociorum v. g. duas partes lucri, damni tertiam, alter duas partes damni, lucri tertiam, ferat, tum ingens in diversitate computandi differentia erit.*

(f) Denique, si partes expresserint quantum quisque de lucro caperet, de damno nihil dixerint, tunc eadem proportio in damno intelligitur, quæ jam de lucro expressa fuerat, §. 3. *h.* nisi convenerit ut unus lucri sit particeps, neque de damno teneatur, quod quidem potest ita constitui, ut scriptum est *in* §. 2. *h. t.* limitatur tamen hoc ipsum, *si tanti sit opera quanti damnum*; aliter conventio non valeret. *d. l.* 29. §. 1. Scilicet aliquando periculum & molestia negotiationis tanti est, ut facile damnum quod alter fert, hanc distinctionem æquare possit, adeoque plus industria socii conferat societati quam pecunia alterius, qui negotiationem non intelligit. *d. l.* 29. §. 1.

6. (g) Sequuntur modi quibus societas finitur: sunt autem hi, Renunciatio, mors, finis negotii & ademptio bonorum alteri e sociis eveniens. Renunciatio unius, invito quoque altero, solvit societatem, quod in hoc contractu speciale est, (nam reliqui contractus non nisi mutuo consensu solvuntur. §. *ult. infr. Quib. mod. toll. obl.*) propter odium communionis, quæ est mater discordiæ. §. 4 *h. l.* 77. §. 20. *de Legat.* 2. Si tamen in fraudem alterius facta sit renuntiatio, ut lucrum interverteretur, callidus renunciator hanc pœnam subit, quod ipsemet lucrum a se quæsitum communicare cogatur, quæ autem alter quæsiverit, eorum non fiat particeps. *d.* §. 4. Proinde seu bona seu mala fide facta renunciatio, societatem finit. *l.* 65. §. 3. 5. 6. *pro soc.* Idem juris est, si quis absenti renunciaverit societatem, usquedum absens id resciverit. *l.* 17. §. 1. *pro soc.* Alioquin adeo libere singuli renunciare possunt, ut ne pactum quidem obstet de societate numquam solvenda, *l.* 14. *eod.* verum si convenerit ne intra

(e) *Pos.* 20. (f) *Pos.* 14. (g) *Pos.* 21. *& seqq.*

Digitized by Google

intra certum tempus a societate abeatur, hoc pactum valet. *d. l.* 14. Est & tacita renunciatio, cum separatim quasi mutuo consensu partes agere cœperint. *l.* 64. *eod.*

7. (h) Mors quoque unius e sociis totam societatem & inter omnes solvit, tametsi convenerit ut ad heredes transeat societas, *l.* 35. & *l.* 59. *pro soc.* quia tale pactum naturæ societatis contrarium intelligitur, *l.*65. §. 11. *d. tit.* ubi ratio redditur, ne invitus quis socius efficiatur; Item quia socii contraxerunt ob fiduciam personalem, quam de se invicem habuere, quæque in heredibus non obtinet. Excipitur tamen vectigalium societas, ob utilitatem publicam. *l.*59. *eod.* Verum hoc pacto convenire potest, ut uno e sociis mortuo, inter reliquos maneat societas. §. 5. *h. in fine. l.*65. §. 9. *pro soc.* Mors etiam civilis intelligitur finire societatem. *l.* 63. §. *ult. eod.* Sed hoc tenendum, in societate singulari quidquid lucri damnive factum sit post alterius mortem, id esse atque fieri commune. *l.* 65. §. 2. *eod.* Tertio solvitur societas finito negotio super quo contracta erat, quia extincto subjecto, tollitur adjunctum. §. 6. *l. d. l.*65. §. 10. Quarto solvitur, si alter ex sociis bonis suis excidat, quod fit per publicationem, sive confiscationem bonorum. §. 7. *h. d. l.* 65. §. 12. Item per cessionem, quando socius ære alieno mersus bona sua destituit, & Creditoribus distrahenda permittit, §. 8. *h. d. l.* 65. §. 1. scil. quia his casibus amissione omnium bonorum ea quoque tolluntur, quæ in societate sunt. Possunt tamen, soluta ex hisce causis societate, in novam consentire, §. 8. *in fin. h. t. l.* 6. *de cess. bon.* quod D. Voetius comm. *ad d.* §. duntaxat de reliquis sociis accipit, cum ipso cedente non posse renovari societatem contendit: sine ratione, ut videtur; nam operas saltem conferre potest. Ex his fere intelligi potest Ulpianus in *l.* 63. §. *ult. h.* & *ll. seqq.* Societas, ait, solvitur *ex personis*, *ex rebus*, *ex voluntate*, *ex actione*. *Ex personis*, morte naturali & civili. *Rebus*, extinctis aut ademptis. *Voluntate*, per renunciationem expressam vel tacitam, quæ fit ἰδιοπραξίᾳ, *seorsim agendo*. *Actione* per litis contestationem & novationem.

8. (i) Actio ex hoc contractu dicitur *Pro socio*, quæ est utrimque directa, daturque non ad divisionem, sed de præstationibus personalibus etiam durante societate ad æqualitatem redigendis. *l.* 1. *Comm. Divid.* Sunt autem præstationes personales, quæ non immediate de rebus, aut ex rebus, sed e facto aliquo proveniunt, velut si unus in re communi damnum dederit, *l.* 48. & *seq. pro soc.* vel passus sit, etiam fato, *l.* 52. §. 4 *eod.* vel impensas fecerit, aut fructus perceperit. *l.* 38. §. 1. & *passim eod.* Dolus etiam & culpa sunt personales præstationes: de dolo non opus est dicere eum a sociis præstari: Neque de culpa hærendum, quin secundum regulam *l.* 5. §. 2. *commod.* levis culpa præstetur, quoniam hic manifesto utriusque vertitur utilitas. Plane venit in hoc judicium bona fides, *l.* 52. §. 1. *pro soc.* cui videtur satisfieri, si talem diligentiam singuli rebus communibus adhibeant, qualem suis rebus adhibere solent, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet, addit JCtus *in l.* 72. *ff. Pro soc.* neque vero salva fide minorem communibus quam suis rebus diligentiam præstabit, ut in *l.* 32. *Depos.* scriptum est de culpa depositarii; cui similis quoque ratio, quod facilitati suæ debeat imputare, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, applicatur in §. 3. *in fin. Inst. quib. mod. re cont. oblig.* adeo ut in hypothesi parum absit, quin eadem culpæ in utroque contractu præstatio locum habere videatur.

TIT. XXVII.

De Mandato.

I. Quid Mandatum. II. Divisio mandati in generale & speciale. III. in expressum & tacitum, judiciale & contrajudiciale. IV. De mandato in rem suam. V. Alia divisio in quinque species. VI. De mandato rei illicitæ. VII. Officium mandatarii. VIII. De actione mandati. IX. Modi quibus solvitur, ubi de revocatione & renuntiatione. X. De morte alterutrius. XI. Differentia ab aliis contractibus.

(a) MAndatum est *Conventio, qua quis rogatus alienum negotium gratis suscipit administrandum*. Verbo *rogatus* distinguitur Mandatum a negotiorum gestione & a defensione, quemadmodum suis locis intelligemus. *Alienum* dicitur in definitione, quia sane

(h) *Pos.* 26. 27. & *seqq.* (i) *Pos.* 30. & 31. (a) *Pos.* 1. & 2.

Digitized by Google

ne plerumque res, & negotia aliena mandantur, etsi aliquando res etiam propriæ sint illis junctæ, ut inferius videbimus.

2. (b) Mandatum est duplex, Generale, quod est ad omnia bona, *l.* 58. *& seqq. de Procur.* & speciale, quod de certis rebus est datum. Generale mandatum rursus vulgo dividitur, quod vel simplex sit, vel cum libera, scil. administrandi potestate, cujus aliquam fecimus mentionem ad *tit. de Rer. divis. dom. n.* 40. Laudat eam divisionem D. Wissenbach. *p.* 1. ad *ff. disp.* 13. *th.* 10. aliique ab illo citati. Improbant alii, sane etiam Græci, *lib.* 8. Βασιλικῶν *cit.* 2. ubi legis 68. *de Procurator.* verba, cui *generaliter libera administratio rerum commissa est*, dissimulato verbo *libera* vertunt, *ὁ γενικῶς ἐπιτραπεὶς διοικεῖν, cui generaliter administrare permissum*: quod si vox tam exquisitam haberet ἔμφασιν, ut ex ea duæ species oppositæ intelligerentur, nequaquam præteriri potuisset. Sed nec ratio fert, ut perpetuam in Procuratoribus potestatis differentiam ex hoc verbo colligamus. Nam Procurator simplex omnium bonorum habet jus novandi, *l.* 20. §. 1. *de novat.* transigendi, *l.* 12. *de Pact.* jusjurandum deferendi, *l.* 17. §. *ult. de jurej.* quibus alienationis caussam & vim contineri, notum satis est. Dein Procuratori *cum libera* tribuitur jus exigendi, *d. l.* 58. Ergo simplici negabitur, si inter se opponantur, quod & volunt divisionis hujus auctores, ea nempe, quæ nominatim procuratori *cum libera* adscribuntur, simplici negata censeri. Quid? Estne majus exigere debitum quam transigere? Imo si hæc potest, ut dictum, simplex procurator ergo exigere multo magis, & sic non differt ab eo, qui *cum libera* dicitur. Jam, plus est solvere quam exigere & majoris præjudicii illud; at solvere potest simplex procurator, *l.* 87. *de solut.* Ergo etiam exigere sane; imo hoc ipsum directe probat *l.* 34. §. 3. *de solut.* Præterea solvere, inquam, potest Procurator simplex, quod est alienare, quidni igitur alienare? Cur, inquam, alienandi potestas negatur? Objectæ *leges* 63. *D. &* 16. *C. de procurat.* speciale mandatum ad alienandum requirunt, Ergo hoc jus, ne Procuratori quidem cum *libera* tribuunt, & sic nihil eum a simplici differre, hactenus indicant. Conciliationem textuum hac parte ἐναντιοφανῶν dedimus ad *tit. de A. R. D. n.* 40.

3. (c) Mandatum quoque dicitur esse expressum vel tacitum; Et quidem tacitum colligitur ex claris & perspicuis circumstantiis, veluti quando quis alienas res præsente domino gerit. *l.* 6. §. 2. *& l.* 18. *Mandati.* Nam alioqui tacens heic pro consentiente non habetur. *l.* 8. §. 1. *de Procurat.* Generale mandatum rursus aut judiciale, quod est ad litem, vel extrajudiciale, quod ad negotia dicitur.

4. (d) utrumque & inprimis judiciale est vel in rem suam, vel in rem alienam. In rem suam dicitur, cum quis nomine quidem alieno, sed in propriam utilitatem agit: Veluti is, qui actionem alienam adquisivit titulo emptionis, donationis aut simili, quo proprietas continetur. *l.* 33. §. 5. cum *l. sequ. de Procurator.* Sed quid opus est, dices tu, mandatis actionibus ei qui emit, cui donatæ, cui legatæ vel in solutum datæ sunt? Qui plenam habet actionum proprietatem, numquid is adhuc mandatum impetrabit? Hanc rem ita interpretamur: Jus civile quam minimum recedit a simplicitate juris Gentium & quam proxime naturali rerum conditioni sese accommodat. Jam ita fere natura comparatum est, ut res corporales ab uno in alium transferri queant, ut fit omni die: Jura, quæ sunt res incorporales, ejusmodi translationem mutationemque situs non recipiunt, sed penes eum, cui semel adquisita sunt, manent. Exemplo sunt Hereditas, obligatio & denique actio. Nam qui semel est heres, semper manet heres, *l.* 88. *in fin. de hered. inst.* adeo ut vendita hereditate, tamen a creditoribus hereditariis idem conveniatur; quippe & jure hereditario & obligatione adhuc penes eum, non obstante venditione, remanente. *l.* 8. *de adquir. vel omitt. hered. & l.* 3. *in fin. Quib. ex caus. in poss. eat. & l.* 62. *de R. J.* Quando ususfructus venditur, aut aliter transfertur ipsum tamen jus penes cedentem manet. *l.* 12. §. 2. *& l.* 28. *de usufr.* Nomine, hoc est obligatione alicui legata, jus tamen ipsum & actio penes heredem, qui pro ipso defuncto habetur, remanet, neque Legatarius aliter actionem, quam prævia cessione habet. §. 21. *Inst. de Legat. l.* 44. §. 6. *& l.* 75. §. 2. *de Legat.* 1. Caussæ igitur sive tituli præstant hoc, ut emolumentum omnisque juris translati effectus sit penes eum, in quem translatio facta est: caussa vero atque facultas agendi iis modis non transit, eo quod a persona separari nequeat. Verum ad hanc opus est mandato, per quod is, in quem jus translatum est (vulgo *cessionarius*) loco

(b) *Pos.* 3. *&* 4. (c) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 5. 6. *&* 7.

loco ejus, qui jus transtulit surrogatur, ejusque nomine quasi Procurator actionem instituit. Ita venditor hereditatis ad effectum actionis obtinendum, emptori actiones sibi competentes mandat. *l. ult. de transact.* Idem fit in specie *d.* §. 21. *Inst. de Legat.* Præcedenti capite, *in pr.* intelleximus bona cuncta, quæ socii universales habent, ipso jure, quasi tacita traditione, communia fieri, atque ita reciproce transferri, *l.* 1. *&* 2. *pro socio*; sed nomina, sive obligationes, in suo statu manent, nec aliter transferuntur, quam si alter eas alteri præstiterit, hoc est mandaverit. *l.* 3. *pr. eod.* Hinc etiam in *l.* 53. *de pecul.* quanquam servo peculium intelligitur concessum, debitores tamen ille, nisi mandatis actionibus, convenire non potest: Cui peculium, inquam, concessum est totum, is tamen actiones nisi mandatas instituere nequit. Hoc videlicet est, quod ait Glossa in *l. quis ergo de pecul.* actionem a domino, sive a persona, cui primitus competit, separari non posse, verum ossibus ejus inhærere, ita ut nunquam, nisi solutione vera vel ficta, separetur. Et hæc quidem est ratio juris, non inani subtilitate, sed monstrante natura rerumque diversitate reperta. Quia tamen effectus rei, sicut diximus, est penes eum cui actio per modum proprietatis est cessa, satis erat incommodum, si quando mandatum erat neglectum, actionis facultatem cessionario negari. Quare Pius Imp. primus suo rescripto emptori hereditatis etiam sine mandato dedit actiones utiles, quæ semper in subsidium, æquitatis respectu ad species negotii, de quibus competunt actiones, affines, extenduntur, *l.* 16. *de pact.* quo exemplo deinceps JCti & Impp. utiles illas actiones ad omne genus cessionum produxerunt. *l.* 7. *C. de hered. vel act. vend. l.* 18. *C. de legat. l.* 33. *C. de donat. l.* 2. *C. de oblig. & act. ubi de dotis datione. l.* 1. *&* 2. *C. eod. ubi de solut. & l.*20. *de pignor.* Et exinde cessionis vocabulum significare cœpit omnem transferendæ actionis modum, etiam sine mandato, cum alioqui mandare & cedere actiones eodem sensu modoque soleant usurpari. *l.* 76. *de solut. l.* 1. *in fine C. de magistrat. conven.* Sand. *de act. cess. cap.* 1.

(e) 5. Est & alia mandati divisio, quæ maxime pertinet ad negotia extra judicium, de quo genere mandati *hoc Tit.* imprimis agitur. Habetur *in pr.* §.1. 2.3.4.5. Est autem hæc; Mandatum contrahitur aut solius mandantis gratia, aut mandantis & mandatarii, vel alieni tantum gratia, vel mandantis & aliena, denique mandatarii & aliena gratia. Solius mandantis ergo, id ordinarium est; veluti, cum quis mandat amico, ut pecuniam pro se, scilicet mandante, mutuam accipiat. §. 1. *h.* Mandantis & Mandatarii, veluti cum mando tibi, ut pecuniam sub usuris credas homini idoneo, qui in meam rem sit accepturus. Nam ibi non modo mea, sed & tua vertitur utilitas, quod tu bonum nomen usurarium adquiras. §. 2. *h.* Aliena tantum gratia mandatum initur, cum *v. gr.* mando tibi, ut amici mei negotia geras: sed huic obstat, quod obligationes contrahuntur, ut unusquisque adquirat id quod sua intersit; Atqui ut aliena negotia gerantur, mandantis non interest. §.19. *supra de inutilibus stipulat.* Sed tu dic, ab initio quidem nihil interesse: cum quis tamen hactenus se miscuit rebus alienis, tum incipit ejus interesse, quia si negotia non bene gerantur, mandans in id quod interest tenetur, tanquam negotiorum gestor, eique merito objicitur Regula juris, quæ docet, in culpa esse eum, qui se miscet rebus ad se non pertinentibus. *l.* 36. *de reg. juris.* Et sic nihil obstat, imo bene congruit id, quod dicitur in *l.* 8. §. 6. *Mandati.* ubi verba; *Mandati actio tum competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit; Cæterum, si nihil interest, cessat mandati actio*, cui tum non obstat *l.* 6. §. 4. *eod. tit.* ubi; *Si tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio*, Cujac. 17. *observ.* 19.

SCHOLIUM.

Dic potius non esse mandatum, nisi ubi interest per se ab initio mandantis l. 8. §. 6. mandati. *In casu etiam* §.3. & 4. Inst. h.t. *per se interesse mandantis, reliquorum per accidens.* Adde notas ad Strauch. XV. 29. p. 177.

RESPONSIO.

Arbitratu suo, qui sic loquitur, utatur. Si intelligis, quid sit aliena tantum gratia, *non dices hoc esse, quando mandantis interest præcipue, reliquorum per accidens. Hoc non est* aliena tantum gratia, *sic ut hoc divisionis membrum est situm.*

N. ADDIT.

Videamus an recte explicaverimus §.3. Inst. h.t. *an potius Autor. Ipse sibi opponit* §.19. de inutil. stipul. *& conciliat, ab initio nihil interfuisse, sed postea, quia scil. mandans gesserit negotia*

(e) *Pos.* 9. 10. *&* 11.

gotia alterius, & huc pertinere ait d. l. 8. §. 6. *verbis*, cum cœpit intereſſe. *Sed luſus in termino intereſſe. Vel id denotat utilitatem, aut damni evitationem futuram, vel præſentem. Primo ſignificatu dicitur mandatum non eſſe, niſi mandantis primario interſit, i. e. niſi utilitatem ſuam, aut damni evitationem primario intendat (ex natura videlicet omnium contractuum communi, & quod exceptio tua non intereſt, poſſit opponi cuilibet agenti.) Atque ſic etiam diximus rem ſe habere, ſi, ut Tribonianus poſt Gajum* in l. 2. h. t. *dicit, mandatum ſit aliena tantum gratia. Non enim aliter hic caſus eſt intelligendus, quam ſi mandans tempore mandati ſit negotiorum alienorum geſtor. Hic igitur apparet, mandantem in mandato intendere proprii damni evitationem, ne teneatur actione negotiorum geſtorum. Et hinc falſum eſt, quod Autor paragraphum exponit, quod ab initio quidem mandantis nihil interfuerit. Nam ſi fingamus mandantem demum poſt mandatum incipere gerere negotia illius Titii, tum haud dubie non confirmabitur mandatum, quod ab initio nullum eſt per* §. 19. de inut. ſtipul. *Alia vero quæſtio eſt, quando ſuppoſito mandato juſto, actio mandati naſcatur. Scilicet tum, cum* cœpit *intereſſe in altero ſignificatu, i. e. ubi damnum præſens eſt & mandatarius male geſſit. Igitur ut actio mandati detur, neceſſe eſt ut jam ſubſiſtat mandatum. Sed non vice verſa, ſi mandatum ſubſiſtit, ſemper etiam datur actio mandati. Quæ duo non ſunt confundenda.*

Eadem ratio eſt in illa ſpecie mandati, quæ mandantis & aliena gratia contrahitur, in §. 4. *h.* veluti, cum quis alteri mandat ut ſua & amici ſui negotia gerat. *d.* §. 4. *l.* 2. §. 3. *h. t.* Nec non mandatarii & aliena, *in* §. 5. veluti ſi mandem tibi ut Titio pecuniam credas ſub uſuris. Nam Titii intereſt, quia pecuniam, qua eget, invenit; & tua, quod bonum nomen cum uſuris adipiſceris. Verum ſolius Mandatarii gratia non poteſt contrahi mandatum, quia hoc conſilium potius quam mandatum eſt, niſi dolus arguatur, quem ne conſilii quidem prætextu quiſquam impune feret. §. 6. *h. l.* 2. §. *ult. D. h. tit. l.* 47. *de R. J. l.* 8. *l.* 23. *& l.* 31. *de dol.* Denique, forte an & ſexta hoc reſpectu mandati ſpecies datur, quando quis mandat ſua, mandantis & aliena cauſa, ut ſi tutor contutori ſuo mandet, quo pupillo ſervum neceſſarium emat. *l.* 8. §. 4. *h. t.*

6. (f) Contra bonos mores quemadmodum nulla obligatio, ita nec mandatum contrahi poteſt: ideoque nulla inde actio inter contrahentes oritur; ſed & is, qui turpe mandatum dedit & qui executus eſt, uterque tenetur ad pœnam tam ei cui nocitum eſt, quam Reip. §. 7. *h.* nec minus ſevere puniendus, qui mandavit, quam qui fecit, *l.* 15. §. 1. *ad L. Cornel. de Sicar. l.* 7. §. *ult. de Juriſd. & l.* 1. §. 1. *de eo, per quem fact.* nec aliter in ſacris, 2. *Sam.* 13. *v.* 28. *&* 1. *Reg.* 21. *verſ.* 10. Enimvero quandoque mandatarius excuſatur, ſi poteſtati mandantis ſubeſt, *l.* 37. *in pr. ad L. Aquil.* utique in minus atrocibus, *l.* 157. *de R. J.* cujuſmodi exemplum eſt in *l.* 10. §. 2. *de his, quæ ut indign.* haud perinde in atrocibus, *d. l.* 157. Quæritur autem, an Mandatario modum in executione rei turpis excedente, ſupra quam mandans voluit, hic etiam de exceſſu teneatur; veluti: mandaveram ut inimicum meum vulnerares, tu occidiſti, egone de cæde an de vulnere duntaxat tenebor? Diſtinguendum videtur, utrum mandatarius exceſſum data opera commiſerit, an per imprudentiam; ſi prius, tum non eſt commiſſus per cauſam mandati, verum exceſſus ex propria fraude mandatarii. Sed altero caſu mandatum vere fuit in cauſa cædis admiſſæ, & ſic uſu venit, *arg. l.* 15. *D. ad L. Corneliam de Sicariis.* licet enim mandans animum cædis faciendæ non habeat, verum tamen eſt, eum, qui verſatur in actu illicito, de toto eventu teneri, quem exinde ſequi poſſe cogitare debuit. *l.* 38. §. 5. *de pœn. & l.* 16. §. 8. *eod.* vid. A. Matth. *comm. de crimin. princ. edit. pag.* 544. Vinn. ad *hunc* §. *n.* 3. D. Wiſſenb. *diſp. Inſt.* 37. *th.* 17. Aliter Fachinæus 1. *controv.* 26. Bronch. 2. *miſcell.* 65. D. Voet. *ad h.* §. 7. *n.* 2.*

7. (g) Officium mandatarii eſt diligenter ſervare fines Mandati, quos ſi egreditur, hactenus non habet actionem, ſed tantum quatenus intra fines mandati ſe continuit, §. 8. *h. tit.* Quæſtionis autem eſt, an de eo, quod excedit fines mandati, ſaltem utilis negotiorum geſtorum actio detur, ſi mandatarius in rem mandantis, ut fit, exceſſum perpetraverit, eique licet non volenti conſuluerit. Sunt qui affirmant, quos inter Perezius ad *tit. C. mand. n.* 4. Bronch. 1. *miſcell.* 66. Et tum textus, qui objiciuntur ipſis, *l.* 31. §. 4. *de negot. geſt. & l.* 37. §. 1. *de pecul.* de aperta diſertaque prohibitione accipiunt, de qua ſane loquitur etiam *l.* 40. *D. h. t.*

(f) *Poſ.* 12. *& ſeqq.* (g) *Poſ.* 15. *& ſeqq.*

ſed

* Mandatum rei & naturaliter turpis & civiliter illicitæ nullum eſt. Quorſum ſpectat in Sax. El. illud, quo procuratori committitur præſtatio juriſjurandi principali delati, cum id in propria perſona præſtandum ſit. *Ord. Proc. Sax. tit.* 18.

Digitized by Google

ſed arbitror, id quod ſpecialiter præſcriptum eſt, merito expreſſæ loco prohibitionis, ſi in diverſam fiat partem, eſſe habendum; *voluntas finem erogationis fecit*, ait *d. l.* 31. §. 4. ac ita Bachov. hic, ut & Vinnius; alioqui λογομαχία tantum fuiſſet inter veteres JCtos. Cæterum qui per æquipollens implet mandatum, non habetur pro excedente fines mandati, quod exemplo declaratur in *l. ult. mand.* poteſt etiam mandatarius alium ſibi ſubſtituere, modo nihil mandantis interſit, *l.* 8. §. 3. *eod.* aut niſi diſerte prohibitum ſit, *l.* 1. §. 5. *verſ. quid tamen de exercit. act.* rationem licitæ ſubſtitutionis vide in *l.* 13. *C. de Contrah. ſtipul.*

(h) Mandatarius tenetur de leviſſima culpa, *l.* 13. *l.* 21. *C. h.* & *l.* 8. §. *ult. eod.* quanquam ſolius mandantis hic verſatur utilitas, quod eſt contra regulam, *l.* 5. §. 2. *D. Commodati.* Videtur autem Lex acuere voluiſſe curam hominum in adminiſtrandis amicorum rebus, quæ plerumque ſocorditer habentur, ſpreta fide amicitiæ: quam ob rem & infamia dolum in mandato plectere voluit, ut in loco intelligemus. Facit huc locus Ciceronis *pro Roſc.* Itaque *mandati conſtitutum eſt judicium non minus turpe quam furti, credo propterea, quod quibus in rebus ipſi intereſſe non poſſumus, in his operæ noſtræ vicaria fides amicorum ſupponatur; quam qui lædit, oppugnat omnium commune præſidium & quantum in ipſo eſt, diſturbat vitæ ſocietatem. Non enim poſſumus omnia per nos agere, alius in alia eſt re magis utilis. Idcirco amicitiæ comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur.* Et mox: *Ergo idcirco turpis hæc culpa eſt, quod duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem: nam neque mandat quiſquam fere, niſi amico, neque credit, niſi ei, quem fidelem putat.* Proinde mirum non eſt, quod officium mandatarii bona fides appellatur in *l.* 10. *pr. h. t.* quam alii objiciunt, ut & *l.* 5. §. *pen. de præſcr. verb.* ubi mandatarius præſtat cuſtodiam, ſi ita convenerit, quæ eſt ſupra levem culpam, *l.* 13. §. 1. *de pign. act.* Reſpondere licet ex *l.* 23. *de R. J.* vel ex *l.* 2. *de peric. & comm. rei vend.* & *l.* 17. §. *pen. de præſcr. verb.* in quibus locis *cuſtodiæ* nomine caſus fortuitus atque periculum venit.

8. (i) Actio mandati eſt directa vel contraria. Illa datur mandanti adverſus mandatarium, ut reddat rationem negotii adminiſtrati. Puta, ſi mandatum ſuſceptum non impleverit, vel jam ſuſceptum exequi neglexerit, cum juſtam non implendi aut negligendi cauſam non haberet, *l.* 5. *h. t.* aut ſi non denunciaverit, *l.* 27. §. 2. *h. t.* vel ſi perperam aut aliter quam ipſi mandatum erat geſſerit, *l.* 12. *h. t.* vel denique, ſi geſſerit quidem, ſed dolo vel culpa ſua nocuit mandatori, *l.* 8. §. *ult. h.* Contraria datur mandatario, *l.* 12. §. 9. *hoc tit.* Scilicet ut durante adminiſtratione neceſſaria ſubminiſtret, *l.* 12. §. *ult. h. t.* finitoque negotio, reſtituat impendia in mandato facta, *l.* 10. §. 9. & *l.* 27. §. 4. *hic.* omnemque præterea indemnitatem præſtet, etiam vero uſuras, *d. l.* 12. §. 9. Non tamen omnia, quæ impenſurus non fuit, ſi mandato abſtinuiſſet, repetere poteſt mandatarius, veluti quod ſpoliatus ſit a latronibus aut naufragio res amiſerit vel languore ſuo ſuorumque adprehenſus quædam erogaverit: nam hæc magis caſibus, quam mandato imputari oportet, *l.* 26. §. 6. quanquam in judicio ſocietatis, etiam particulari, propter communionem lucri atque damni, talia invicem imputari ſolent. *l.* 52. §. 4. *D. pro ſoc.* Non habere contrariam mandati Procuratorem, ſi mandati fines exceſſerit, ex modo dictis intelligitur, nec ullo alio remedio, quatenos exorbitavit, experiri poſſe videtur. Utique tamen dominus, ſi rem pro ſe emptam XII. cum ipſe pro X. mandaſſet, petat a mandatario, qui minoris emere non potuit, doli mali patietur exceptionem, ſi pretium integrum ſolvere nolit; neque enim fert æquitas, uti ex alieno fiat locupletior, *l.* 14. *de condict. indeb. l.* 1. & 2. *de dol. mal. & met. except.* Quæ ſuperius dicta ſunt, eo pertinent, quod mandatarius eum cogere non poteſt, ut rem accipiat majore pretio quam præſcripſerat, non etiam ut rigore Legis adverſus mandatarios ad prætextum iniquæ πλεονεξίας, ad captandam amici imprudentiam utatur.

9. (k) Sequuntur modi, quibus ſolvitur mandatum, quorum duo priores ſunt revocatio & renunciatio. Prior a parte mandantis, poſterior reſpectu mandatarii. Utraque poteſt fieri impune; reclamante licet altero, quod eſt contra regulam *l.* 5. *C. de O. & A. enuntiare ſemel conſtitutæ obligationi, adverſario non conſentiente, nemo poteſt*, ut monet D. Vinnius *hic.* Imo forte non eſt. Etenim ex mandato non naſcitur obligatio, niſi cum partium intereſſe cœpit, *l.* 8. §. 6. *D. mandati*; adeoque contractus mandati hanc tacitam habet conditionem, ut non liget, niſi quatenus interfuerit. Atqui tunc ob-

(h) *Poſ.* 19 (i) *Poſ.* 17. 18. (k) *Poſ.* 20. & 21.

Digitized by Google

obligatio, qua alter alteri in id quod interest tenetur, est indissolubilis. Alioqui regula *d.l.* 5. maxime de contractibus, qui actu transitorio constant & quidem eatenus duntaxat, non de his, quorum natura durationem temporis continet, accipienda videtur; nisi quatenus certum tempus est adjectum, ut non modo in societate atque mandato, sed & in mutuo, commodato, deposito, in pignore similibusque liquet. Cæterum renunciare licet, ut dictum, utrique parti, non promiscue neque semper impune, nisi Re adhuc integra; nam ubi res desierit integra esse (desinit autem res integra esse quando alterutrius interesse *cœpit*) non potest aliter revocari renunciarive mandatum, quam præstito eo quod interest alterius. §.9. & 11. *h. t.* Dantur tamen justæ causæ propter quas, re quoque non amplius integra, mandato renunciari potest, veluti propter inimicitias adversus mandantem exortas, vel quod mandatarius propriis necessitatibus sit impeditus, & cæteris in *l.*23. & *seq.D.de Procurator.* Fit autem renunciatio non modo expresse, verbis, aut literis, aut per nuntium, ita ut in notitiam partis alterius veniat, *l.* 12. §. 16. *l.* 15. *l.* 22. §. *ult.* & *l.* 27. §. 1. *h. t.* verum etiam tacite, si status procuratoris in deterius mutetur servitute, vel deportatione, *arg. l.* 38. *in pr. de Solution.* cum *l.* 56. §. 2. *de V. O.* denique, si dominus ipse negotium proprium tractet, tum partes cessare procuratoris, ipsa res loquitur. Mantic. *de tacit. & ambig. convent.* 7. *tit.* 21.

10. (I) Tertius mandati solvendi modus est Mors tam mandantis, quam mandatarii, quia fundamentum hujus contractus est fiducia personalis industriæ, quæ in herede cessat, §. 10. *h. l.* 26. & *seqq. D. Mandat.* * Tamen, si per ignorantiam aut probabilem causam post mortem in negotio mandato sit perfectum, utilis actio utrimque non negatur. *d.* §. 10. Huc etiam pertinet species *l.* 19. §. 3. *in fin. de donat.* mandavi ut Titio des pecuniam, cui ego donatum volo, dedisti post mortem meam ignorans, habes actionem. Idem est in *l.* 4. *pr. de manumiss. vind.* ubi accedit favor libertatis, cui geminum vide exemplum in *l.* 9. §. 1. *de jur. dot.* denique, non aliter finitur morte mandatum, quam si integrum sit, §. 10. *in pr. h. l.* 27. §. 3. *h. t.* Proinde si negotium pendeat inchoatum, neque perfectum, ita ut id quod restat cum iis, quæ sunt gesta connexum sit, dicendum est, transire mandatum ad heredem. *arg. l.* 5. §. 6. *de administr. & peric. tut. l.* 13. *d. tut. & ration. distrah. l.* 11. *C. arb. tut.* Sunt etiam species mandati, post mortem durantes, veluti, quæ in tempus post mortem specialiter concipiuntur & instar ultimarum voluntatum se habent, *l.* 12. §. *ult.* cum *l. seq. D. Mandati. l.* 18. §. 2. *de mort. c. don.* non tantum si tale sit negotium, quod vivo mandatore non potest impleri, sed etiam, quod specialiter in tempus, inquam, post mortem collatum est, *l.* 13. *Mand.* non obst. *l. ult. de Solut.* de qua vid. Cujac. 1. *obs.* c. 38. (1) Similiter mandatum quod subjicitur actionibus venditis, donatis, legatisve, aut alio proprietatis titulo, morte non finitur, quia potius e natura tituli principalis, quam sua æstimatur, *l.* 1. *C. de Oblig. & Action.* hoc usu venit, cum fundi venditor alicui mandavit ut emptorem in vacuam possessionem induceret, *l.* 33. *de adquir. vel amitt. poss.* id enim post mortem quoque mandatoris, cum idem & venditor sit, recte fit; magis enim hic venditionis, quam mandati obligationem spectamus. Sed quod judex a Præside datus etiam in tempus successorum durat, *l.* 49. §. 1. *de judic.* id huc non pertinet, quia nec mandatum hoc est, neque de re patrimoniali, de qua heic agimus. Idem est in *Nov.* 134. *cap.* 6. ubi Præsides jussa principis aut præcepta majorum judicum missa ad decessores suos implere jubentur, perinde ac si ad se missa essent. Æque ac Jure Canonico cautum est, ut Legati a latere officium duret, etiam post mortem Pontificis, *cap. Legatos,* 2. *V. præsenti de off. Legat. in* 6. Sic etiam, cum quis institorem præposuit tabernæ, quia publice hoc fit, neque proprie mandatum est, durat quoque post mortem præponentis, *l.* 17. §. 2. *de Institor. act.* cum morte domini, a quo servus Kalendario, id est pecuniis fœnori dandis, præpositus est, ea præpositio, quæ privata est, finiatur. *l. pen. de reb. cred.* Postremo *l. ult. pr. de Solution. & lib.* objicitur, ubi verba, *ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est,* recte

(I) *Pos.* 22. & 23.

(1) *Sed verius puto mandatum, etiamsi nominatim post mandatoris mortem collatum sit, morte mandantis indistincte finiri. Quod probat* l. ult. de solut. *Cujus verba cum Cujacio transponere necesse non est. Vide Ger.* Noodt *observat.* lib. 2. cap 1. 2. & 3. *Item Abrah. Wieling. lection. jur.* lib. 2. cap. 11. *hoc ipsum quoque probat* l. 14. §. 2. de relig. *in cujus specie non datur actio mandati, quæ tamen dari debuisset nisi mandatum morte mandantis fuisset extinctum, uti recte observat Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 10. h. t. n. 2.

* Hinc & in Saxonia mandatarius judicialis, mandato heredes comprehendente instructus, intra 6. *Sept.* & 3. dies heredes sui principalis nominare, & ab iis novam legitimationem exhibere jubetur. *Mand. El. d.* 1655. Menck ad O. P. t. 3. §. 3.

recte solvitur; Scilicet, vi stipulationis ab eo factæ, qui adhuc vivit, non mandati, quod mortuus dedit. Vide latius D. Wissenbach. *p.* 1. *ad D. disp.* 32. *th.* 9. Postremo recipere mandatum diem & conditionem, quemadmodum alii contractus, id per se clarum est. § 12. *h.t.* Etiam potest mandatum per epistolam, aut per nuntium contrahi *l.* 1. *pr.* & §. 1. *h.t.*

11. (m) Præterea ad naturam mandati pertinet, quod gratuitum sit; est enim beneficus hic contractus, cujus naturæ merces est contraria. *l.* 1. §. 4. *h. t.* nam si pecuniaria conventio accedat, in diversam speciem contractus abit, nempe locationis, si factum sit ejusmodi quod soleat locari; quod si locabile non sit, tum est contractus innominatus, Facio ut des, *l.* 22. *de præscr. verb.* vel extra ordinem cognoscendum, si res aliquam dignitatem aut favorem habeat, veluti ob studia liberalia, de quibus idem sit, sive de honorario convenerit, *l.* 1. *de extraord. cognit.* sive non convenerit, ut de Advocatis in *l.* 4. *D. de extraord. cognit.* cum mandatarius salarii petendi aliter jus non habeat, quam si promissum sit, & quidem certum: hoc enim vel condictione certi, *pr. Inst. de V. O.* vel extra ordinem, ut dictum, exigitur. Incertæ pollicitationis salarium neutra actione peti potest. *l.* 56. §. 3. *h. t.* Quemadmodum & in illa specie, qua factum locabile sine mercede alicui committitur; nam si id hac mente fiat, ut postea tantum detur quantum convenerit, tum & ille contractus est innominatus, §. 1. *supra de Locat. Cond.* si vero officii amicitiæque causa factum suscipiatur absque animo mercedis capiendæ, tum est mandatum. §. *ult. in fin. h. tit.* Enimvero potest mandatario salarium promitti salva mandati natura, ut actio quoque mandati, de ipsa re, scil. principali detur, *l.* 6. *D. Mandat. in pr.* nec enim peti potest salarium per actionem mandati, cujus naturæ merces contraria est, ut dictum. Quid igitur sibi volunt verba *d. l.* 6. *in pr. Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio?* Ego sic puto. Quæstio est an mandati actio competat etiam tum, quando mandatum est salariarium. Ratio dubitandi, quia mandatum est gratuitum, ut accendente pecunia, natura ejus mutari videatur. Sed respondetur; tamen dari actionem, cum promissio salarii a mandato separata sit; datur actio non de salario, sed de ipso negotio, hoc enim quæritur: & hoc est subjectum hujus propositionis. Si vero tu ponas, subjectum esse, *si honor intervenit*: & prædicatum, *mandati actio erit*, tum speciosa esset adversaria interpretatio.

TIT. XXVIII.

De Obligationibus, quæ quasi ex Contractu nascuntur.

I. Natura obligationum ex quasi contractibus & numerus. II. De negotiorum gestione. III. De tutelæ administratione. IV. De actione curat. V. Rei communio, ubi de actione tam communi dividundo, quam familiæ erciscundæ. VI. Hereditatis aditio. VII. De indebiti solutione. VIII. De indebito ex persona. IX. Naturaliter debitum, licet civiliter indebitum, repeti non posse. X. De debito in diem vel sub conditione præmature soluto. XI. Casus ubi cessat condictio indebiti.

(a) Obligationes, inquit Cajus in *l.* 1. *de O. & A.* aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Quæ sint illæ, satis explicat in *l.* 5. & *seqq. eod. tit.* ubi species recenset easdem, quæ in hoc titulo sub nomine quasi contractuum habentur. Videlicet, cum infinitæ sint fere negotiorum species, ex quibus æquum erat obligationem nasci, compertum est, nomina contractuum atque delictorum usitata non sufficere omnibus illis diversitatibus exprimendis. Admodum enim variæ causarum figuræ inciderunt, quæ mediæ inter contractus atque delicta naturæ viderentur; prout autem propius ad ingenium alterutrius accederent, ita contractibus aut delictis sunt aggregatæ. Species contractibus affines placuit quasi contractus, delictis viciniores, quasi delicta nuncupari. Paulo quidem circumductius loquitur hic Imperator, ut non rotunde *quasi contractus*, sed obligationem *quasi* ex contractu nasci affirmet. Tamen nihil hærendum, quin

(m) *Pos.* 18. (a) *Pos.* 1. 2. 3. & 4.

Digitized by Google

quin docendi causa *quasi* contractuum nomen usurpetur, ut quasi Servianam actionem, peculium quasi castrense, habemus, denique ut quasi maritus dicitur in *l.* 32. §. *pen. D. donat. int. vir. & ux.* Enimvero ne sic quidem fieri potuit, ut omnes obligationum species certis nominibus includerentur, ut exemplo videmus in *l.* 32. *de reb. cred.* & alibi. Porro Quasi contractus nihil sunt, quam facta honesta, ex quibus sine conventione nascitur obligatio propter æquitatem. Alii volunt causam obligationis hic esse tacitum consensum. Sed hoc tn universum vix dici potest, quia furiosi quoque & infantes ex quasi contractibus obligantur, quibus tacitus consensus adscribi non potest. *arg. l.* 3. *de R. J.* Quin & ignorantes, inviti ex hisce causarum figuris obligamur. §. 1. *in med. h. t. l* 2. *de neg. gest.* Denique contractus veri creberrime tacito consensu perfici leguntur. *l.* 4. *pro soc. l.* 6. §. 2. *l.* 18. *Mand. l.* 13. §. *ult. locati. & l.* 3. *de reb. cred.* Paulo commodius ex præsumpto, sive a legibus ficto consensu, Quasi contractus nasci videantur, quemadmodum sane hujus generis obligatio *tacita* dicitur in *l.* 13. §. *ult.* ff. *Commod.* & pupillum contrahere adeundo hereditatem, habetur in *l.* 3. *in fin. quib. ex caus. in poss.* quando scilicet ea negotii conditio apparet, ut dubium non sit, quin is, ad quem res pertinet, suum consensum adhibere debeat: idque propter æquitatem quæ est in re ipsa. Unde utique nihil simplicius, quam æquitatem mediante legis interpretatione, affinitatemque cum contractibus, veram hujus obligationis existere causam; quamobrem contractibus etiam accensetur *in l.*23. *de R. J. l.* 49. *de O. & A.* §. 1. *Inst. de Action. d. l* 3. *in fin. quib. ex caus. in poss.* Jam ob æquitatem illam, quæ in re ipsa apparet, dicitur hæc obligatio ex re nasci, *l.* 46. de *O. & A.* ubi pupillus, quoties ex re venit obligatio, teneri dicitur, quem sane ex quasi contractibus teneri, jam dictum atque dicendum est. (1) Porro quasi contractus traduntur quinque numero; Negotiorum gestio, Tutela, Rei Communio, Hereditatis aditio, & Indebiti Solutio, de quibus ordine *hoc tit.*

2. (b) Negotiorum gestor est, qui absentis negotia sine mandato gratis administrat. Nascitur inde actio negotiorum gestorum directa, vel contraria. Directa datur domino contra gestorem, ut reddat rationem administrationis suæ; gestorum, non gestorum, male gestorum, *l.* 2. *& l.* 11. *de negot. gest.* ut restituat quicquid habet; tenetur autem de levissima culpa §. 1. *in fin. h.* & *arg. l.* 21. *C. Mandati. l.* 25. §. 16. *D. famil. ercisc. & l.* 24. *D. de usur.* præterquam si quid urgente necessitate sit gestum, tunc enim de lata duntaxat culpa gestor tenetur, *l.* 3. §. 9. *de Negotiis gestis.* Idque merito ita consultum, ne homines a custodiendis amicorum rebus absterrerentur, si non ea quam suis rebus adhibent diligentia defungi se posse intelligerent; quod si quis absque necessitate rebus alienis se miscuerit, est quod sibi imputet, si plus diligentiæ ab illo exigatur, memor regulæ, quæ est in *l.* 36. *de R. J.* Plane cum mandatarium de levissima teneri culpa, superius sit probatum, non est recusandum dum negotiorum gestori, qui semetipsum obtulit, quo ad eandem redigatur diligentiam, *arg. l.* 1. §. 35. *Depos.* idque volunt verba §. 1. *h. t.* Nec *sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia*; quæ verba non inferunt conditionem, ut tum demum de levissima culpa teneatur, si nempe alius ipso commodius administraturus fuisset, sed descriptionem exactissimæ diligentiæ continent, perinde ut in §. 2. *supra quib. mod. re contrah. oblig.* nec quicquam contrarium est in *l.* 6. §. *ult. de Negot. gest. l.* 32. *pr. D. eod. & l.* 20. *C. eod. tit.* vid. de Wissenb. *disp. ad Inst.* 32. *th.* 6. Cæterum, actioni directæ negotiorum gestorum, opponitur & utilis & contraria. Utilis in specie *l. pen. de Tut. & ration. distrah. l.* 17. *C. de negot. gest.* Contraria, id est directæ opposita, datur negotiorum gestori ad repetendas expensas, & quicquid præterea ipsius ex probabili causa interfuerit, §. 1. *h. t. l.* 2. *de Negot. gest.* etsi negotium non habuerit effectum. *l.* 10. §. 1. *eod.* Cessat tamen hæc actio reciproca, si dominus interdixerit ne quid rerum attingeret, isque tamen, etsi utiliter, res gesserit. *l. ult. C. de negot. gest.* denique, si non repetendi animo, sed pietatis & affectionis intuitu fecerit impensas, *l.* 27. §. *ult. de*

(b) *Pos.* 5. 6. 7.

(1) *Recte Autor consensum tacitum negat esse fundamentum obligationum, quæ quasi ex contractu nascuntur, illudque commodius deduci posse ex consensu ficto vel præsumpto, bene adstruit. Sed sic quasi contractus melius definitur*, quod sit factum honestum, quo & ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem vel utilitatem præsumpto. *Si enim Auctoris definitionem sequamur, etiam generatio quasi contractus erit, est enim factum honestum ex quo sine conventione nascitur obligatio (qua pater liberis ad alimenta præstanda tenetur) propter æquitatem. Ita Hein. in not. ad Vinn. ad* pr. h. t. n. 4.

de Negot. gest. l. 34. *eod. l.* 12. *& l.* 15. *C. eod. tit.* nisi de contraria voluntate liqueat, ut in *d. l.* 34. *l.* 50. *Famil. ercisc. & l.* 12. *C. eod.*

3. (c) Secundus quasi contractus, est TUTELÆ administratio, nam ipsum quidem tutelæ munus est publicum & personale, de quo *libr.* 1. est actum. Inde similiter duplex nascitur Actio, directa & contraria. §. 2. Utraque ante finitum tutoris officium nec datur neque nascitur, *l.* 1. *§. ult. l.* 4. *pr. & l.* 9. *§.* 4. *de tut. & ration. distrah.* quia tutor ut parens & dominus agit, visumque est importunum, in media functione rationes exigere; Nec Plato aliter *lib. XI. de LL.* pupillo, cui maxime vult consultum, actionem dat, quam ἅμα δ' ἂν ἡβήσῃ τις τῶν ὀρφανῶν, *simul ac pubes factus fuerit.* Mores tamen sæpius, quibusdam locis quotannis, rationes jubent reddi, teste Schneidew. *ad h. §. ult.* Zypæ. *Not. tit. de tutor.* Apud nos nihil hac de re habemus constitutum, ideoque juri civili standum videbatur: sed opinio atque, ut videtur, observatio forensis est, Rationes quando postulantur, non posse recusari. Id autem hodieque tenet, ante redditas rationes pecunias pupillares a tutore non esse præstandas. Sand. *lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 12. Jam directa datur pupillo finita tutela, adversus tutorem ad hoc, ut rationes reddat & reliqua præstet, id est, ea quæ de bonis pupilli supersunt, restituat. Etenim rationum redditio duas habet partes, *primam*, ut administratio referatur atque exploretur, *tum* ut reliqua præstentur, id est bona quæ supersunt restituantur, *l.* 82. *de C. & D.* ut & damnum, quod ex levi culpa contigit; nam ultra mediocrem diligentiam non tenetur tutor, *l.* 1. *in pr. de tut. & rat. dist. & l.* 33. *de administ. & peric. tut.* quin aliquando ut in prædiis comparandis, non nisi de lata culpa *l.* 7. §. 2. *de administ. & peric. tut.* duntaxat, ubi sponte se tutor obtulit administrationi; tum juxta satisdationem ad omnem omnino culpam tenetur. *l.* 53. §. 3. *de Furt.* Olim etiam usuras præstabant, si pecunias pupillorum otiosas reliquissent, ut duos tantum menses haberent in anno liberos, *d. l.* 7. §. 3. *&* 11. sed jure novo id non injungitur, nisi pupillus aliter vivere nequeat, *Nov.* 72. *c.* 7. quin si ultro tutor fœnori pecunias locaverit, periculum ipsi incumbere dicitur, *d.* N. *c.* 6. quod recte ita temperatur, si quid ejus negligentiæ imputari possit *arg. l.* 111. *in f. de C. & D.* Sand. *l.* 2. *tit.* 6. *def.* 14. Atque hæc est directa tutelæ actio, quæ contra tutorem datur; sed & ipse contrariam habet, per quam a pupillo consequitur indemnitatem, *l.* 1 *&* 2. *de contrar. tut. & ut. act.* sive jam fecerit impensas, seu se suasque res pro pupillo obligaverit *d. l.* 1. *& l. ult. de contrar. tut. & ut. act.* §. 2. *h. in fin.* Cæterum, si quis roget, cur non æque tutor teneatur de levissima, quam procurator sive mandatarius? Ratio videtur, quod tutela munus est publicum quod invitis etiam imponitur, mandatum vero libere suscipitur; idenque durum foret eum, qui publice cogi potest, tam arcte adstringere, quam eos, qui se rebus alienis suo arbitratu miscere solent.

4. Atque hæc de actione tutelæ. Quæ autem de tutoribus dicta sunt, ea per analogiam ad Curatores producuntur: Ita ut utiles Curationis causa actiones inter illos & minores exemplo tutelæ exerceantur, *vid. Tit. de Tutel. & rat. dist. & utili curationis causa Actione.* & supra *de Curatorib.* Sed qualis hæc utilis est? Negotiorum gestorum vocatur *in l.* 17. *C. de negot. gest.* Tutelæ *in l.* 3. *C. arbitr. tut.* Quid vetat utramque Curatoribus applicatam fuisse? imo sic habet *l.* 7. *C. eod. Negotiorum gestorum seu tutelæ.* Tentari tamen potest, negotiorum gestorum esse, quæ instituitur perseverante adhuc tutela, ut satis clare habet *l.* 4. §. *ult. de tut. & rat. distrah.* & accipi potest *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 26. *de administ. & peric. tut.* sed utilem tutelæ dari finita administratione, sicut directa tutelæ. *l.* 4. *pr. de tut. & rat. distr.* Nempe ut negotiorum gestorum agatur de singularibus factis; utilis tutelæ detur post perfectam ætatem de universa cautione. Sic commode conciliabuntur *dd. l.* 4. *l.* 16. *& l.* 26. quæ volunt ante finitum officium curatorem conveniri, cum *l.* 2. *l.* 14. *C. de adm. tut.* quibus diserte statuitur, Curatorem non nisi finita administratione teneri. Sit ita, quod ad utilem tutelæ actionem de rationibus reddendis, hæc imitatur directam tutelæ, quæ non nisi, cum Tutor desiit esse, datur: sed in curatore id peculiare est, quod etiam de actu particulari statim interpellari possit utili negotiorum gestorum, de quo casu intelligendas leges oppositas, indicat nobis *l.* 4. §. 4. *Rem pup. salv.* ubi tutor non nisi absoluta tutela, sed is, qui pro tutore negotia gessit, *statim atque quæque res salva esse non cœpisset*, teneri dicitur. Protutor est, qui cum tutor non sit, putans vel fingens se esse, res pupilli gerit. *tit. D. de eo, qui pro tut. prove cur. negot. gess.* Hic quoad actionem e ve-

(c) *Pos.* 8. *& seqq.*

Digitized by Google

e vestigio dandam curatori comparatur in *d. l.* 4. §. 4. Ergo & actio quæ in Curatorem, dum cura manet, datur, est de *quaque re*, quæ culpa ejus salva non est.

REI COMMUNIO.

5. (d) Tertius quasi Contractus est Rei Communio, quæ dicitur, cum duo vel plures eandem rem sine conventione societatis habent indivisam, velut, cum res eadem duobus est legata, empta, vel donata, aut denique cum eadem hereditas pluribus est relicta. §. 3. *h.* Unde duplex nascitur Actio, *Communi dividundo*; & *Familiæ erciscundæ* §. 3 & 4. Communi dividundo datur inter eos, qui volunt discedere a communione rerum singularium, & notandum, quod hæc actio latius pateat, quam ipse quasi contractus communionis. Nam & res, quæ per societatem sunt communes, hac actione dividuntur, *l.* 2. *Com. divid.* & Actio pro socio datur tantum de præstationibus personalibus, quæ ex societate veniunt, ut supra dictum *l.* 1. *eod.*

SCHOLIUM.

Nolim tamen propterea cum Autore dicere: Actionem communi dividundo latius patere, quam ipsum quasi contractum communionis. *Nam quod Socii, qui societatem contraxerunt, ad divisionem obligentur, regulariter est ex quasi contractu. Dico* regulariter; *si enim in pactis Societati adjectis de divisione aliquid dispositum sit, utique actione pro Socio ad divisionem agetur, quia pacta contractibus b. f. adjecta iisdem insunt.*

RESPONSIO.

Latius patere communi dividundo actionem a nobis dictum est, ratione materiæ subjectæ, quæ cum in rebus extra communionis quasi contractum etiam consistat, nihil simplicius, quam id quod dixi, verum est; utcunque τὸ formale quasi contractus inter socios diverso respectu aliquo modo intelligi possit.

N. ADDIT.

Manet tamen incongrua locutio. Quilibet, qui legit actionem communi dividundo latius patere quam ipsum quasi contractum, putabit, dari quandam actionem communi dividundo, quæ non sit ex quasi contractu. Secundum præsentem explicationem Autoris, dicendum fuisset: res dividendas actione communi dividundo, non omnes esse communes factas per quasi contractum, quæ plane diversa sunt a prioribus.

Præstationes vero personales, quæ ex communione proprie dicta veniunt, insuper ad hanc actionem referuntur; idque volunt verba §. 3. *h. tit. quod solus fructus ex illa re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit.* quo loco per socium intelligendus, qui rem habet communem extra societatem, non socius proprie dictus. Sunt igitur præstationes personales, quæ non immediate ex re ipsa, sed e facto personali proficiscuntur; velut, si unus in re communi damnum dederit, *l.* 16. §. *pen.* & *l.* 25. §. 16. *fam. ercisc.* vel impensas fecerit, aut fructus *lucrumve* perceperit, *l.* 18. §. 3. *eod. l.* 4. *comm. divid.* & *l.* 3. *C. fam. ercisc.* atque hæ quidem in judicium una cum divisione petita semper deducuntur. §. 4. *infra de off. jud.* plane, quoties divisio petitur, præstationes personales pariter in judicium deducuntur, *l.* 3. *in pr. Comm. divid.* ut dicendum sit, actionem pro socio dari de præstationibus, quæ absque divisione rerum ipsarum exiguntur, scil. quoties inter partes de societate convenit. Igitur, cum materia subjecta horum judiciorum sæpius misceatur, consequens est, alteram actionem altera tolli, quatenus, inquam, bis idem peteretur, *l.* 38. §. 1. & *l.* 50. *pro soc.* sed in quantum una actione peti potest quod in altera non inest, ita cumulative concurrunt; etenim postquam res divisæ sunt, de præstationibus adhuc agi potest, si prius sint omissæ *l.* 43. *d. t. pro soc.*

Est autem actio communi dividundo duplex, directa, quæ datur inter eos, qui utrimque sunt domini, & de rebus ipsis corporalibus dividendis, de qua Cæsar in *hoc textu*, & *JCtus in l.* 4. *Comm. divid.* idque sive rem possideat alter sive non, *l.* 30. *eod.* & utilis, quæ datur emphyteutæ, *l.* 7. *pr. D. eod.* ei qui Publicianam habet, *d. l.* 7. §. 2. & §. 3. etiam iis, qui jus incorporale, veluti servitutis, habent commune, *l.* 19. §. *fin. eod. tit.* denique & tum, quando res sunt extinctæ vel communes esse desierunt. *l.* 6. §. 1. & *l.* 11. *Comm. divid. l.* 22. §. *pen. Famil. ercisc.* Actio familiæ erciscundæ datur inter coheredes qui volunt discedere a communione rerum hereditariarum, tam ut res dividantur, quam ut præstationes personales ad æqualitatem redigantur. *l.* 22. §. *pen. Famil. ercisc.* In cæteris eadem ratio est hujus judicii & communi dividundo, §. 4. *h. l.* 6. §. 11. *D. Comm. dividund.* de quibus v. Cujac. *paratit. C. comm. utriusque jud.* Tamen hoc interest, quod ex ipsis definitionibus liquet, alterum esse judicium singulare de certis rebus, alterum generale

(d) *Pos.* 13. & *seqq.*

Digitized by Google

rale de rebus omnibus ad hereditatem pertinentibus, quæ referuntur in *l.* 19. *l.* 20. & *passf. de hered. pet.* non tamen universale, quia non datur de juribus & nominibus, *l.* 4. *pr. D. Famil. ercisc.* quoniam dividi est affectio rei corporeæ; sed actiones & nomina sunt ipso jure inter heredes pro partibus hereditariis divisæ, ac ita singuli conveniuntur & agunt, *l.*6. & *l.* 7. *C. Famil. ercisc.* quomodo tamen judicis officio contineatur, ut etiam jura & nomina partiatur, saltem quod ad ordinem modumque exigendi, videbimus *infra.* Hoc etiam inter utrumque judicium interest, quod familiæ ercifcundæ semel tantum agi potest, siquidem omnia divisionis capita complectitur; quod si, ut fit, aliquid omissum sit, in promptu est communi dividundo judicium, quod hoc casu alterius est suppletorium, *l.* 20. §. 4. *D. Famil. ercisc.* vid. Bronchorst. 2. *antin.* 11. Cæterum, sintne actiones hæ personales tantum an mixtæ, quæstio nobis occurret ad §. 20. *infra de Act.*

6 (d) Quartus quasi Contractus est Hereditatis ADITIO, ex qua nascitur actio, quæ *personalis ex Testamento* dicitur, daturque legatariis & fideicommissariis adversus heredem, ad hoc, ut legata & fideicommissa præstentur, §.5. *h. l.*5. §. 2. *de O. & A.* & hujus quidem speciei non male fundamentum esse dicetur voluntas & contensus saltem tacitus heredis, qui hoc ipso, quod hereditatem adit, id in se recipere videtur, ut legatariis & fideicommissariis ea præstet, quæ ab defuncto illis relicta sunt, *d. l.*5 §. 2. *l.*3 §. *ult.* cum *l. seqq. Quib. ex caus. in possess. eat.* etiam vero creditoribus hereditariis; Nam & his datur adversus heredem, verum non ex quasi contractu, sed ex eodem contractu quo defunctus illis tenebatur. Adeo ut aditio tantum sit medium, seu conditio sine qua non; minime vero causa formalis ejus actionis quam habent creditores in heredes. §.5. *h. tit.* Ratio est, quia conditio obligationis ex persona heredis non mutatur. *l.* 2. §. 2. *de V. O.* Sed heres per omnia Jure defuncti utitur eumque repræsentat. *l.* 62. *de R. J.* Datur autem hæc actio ex testamento non modo ad ipsa legata, sed etiam ad fructus usurasque petendas a tempore moræ, nihilo secus ac in bonæ fidei judiciis, *l.* 78. *in pr. de Legat.* 2. & *l.* 87. §. 1. *D. eod.* licet alioqui natura hujus actionis sit stricti juris. *l.* 5. cum *l.* 6. *de in lit. jur. l.* 3. *C. in quib. caus. in integr. restit. arg.* §. 28. *Inst. de Action.* Quinimo in cautione legatorum, quæ fit per stipulationem, quam maxime stricti Juris esse constat, locum tamen habet incrementum usurarum ex mora. *l.* 1. §. 13. *ut legat. servand. caus. cav.* Cujac. 17. *observ.* 37. Cod. Fabr. *lib.* 6. *tit.* 24. *defin.* 1. Carpzov. *defin. for. p.* 2. *const.* 30. *def.* 20. Cæterum, quo modo legatum sit relictum, quoad hanc actionem nihil interest; siquidem & per vindicationem res legata perinde actione personali atque rei vindicatione peti potest. *l.* 84. §. *ult. de Legat.* 1. & *l.* 108. §. 2. *eod. tit.*

7. (e) Ultimus quasi contractus est Solutio Indebiti, unde nascitur condictio indebiti, quæ datur ei, qui per errorem (sub quo dubitatio *l. ult. C. de condict. indeb.*) solvit id quod naturaliter non debebat, §. 6. *h.* quo pertinet *tit. ff. de condictione indebiti.* de qua præsumptum est aliquid *supra ad tit. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 6. Ejus causa dicitur quidem esse tacita obligatio in *l.* 13. §. *ult. Commod.* sed qui hoc accipiendum sit, initio hujus tituli dictum est. Enimvero non esse hic proprie dictam obligationem, satis docet *l.* 19. *de reb. cred. in princip.* ubi, *Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat*, ait JCtus, *sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur*, quia tamen hoc ipso, quod solvimus, aliquid negotii gerimus, *l.* 33. *de condict. indeb.* satis causæ est, ex qua lex obligationem quasi tacitam educere queat, *d. l.* 13. §. *ult.* ac ita capiendum, quod *in fine* §. 6. habetur; perinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur; de qua comparatione diximus *ad tit. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 6.

SCHOLIUM.

Non sequitur tamen, hanc obligationem non esse proprie dictam, quod vult Auctor propter d. l. 19. pr. de reb. cred. *ad quam quidem facilis est responsio: nisi forte conventionem pro obligatione dicere voluit Noster.*

RESPONSIO.

Mea sic est ratio; Proprie tacitam esse obligationem quando partes non exprimunt quidem, sed tamen hoc agunt, ut obligentur, d. l. 19. *ut in speciebus societatis mandatique taciti vidimus. In solutione autem indebiti, nihil minus quam id agitur ut pecunia reddatur, verum ut in solutionem cedat, aliud nihil cogitant.*

N. ADDIT.

Hic ante omnia integrandum est Scholium, ab Autore capite truncatum. Dixerat Autor, Funda-

(d) *Pos.* 19. 20. (e) *Pos.* 21.

damentum repetitionis esse errorem. Adnotaveram, Remotum scilicet; proximum enim est obligatio ex quasi contractu seu conventione præsumpta, quæ tacita vocatur in *l.* 13. §. *ult. Commod.* improprie, vid. Prælect. *Tum subjunxeram statim scholium prout hic est positum.* Unde tamen non sequitur &c. *Facile vero apparet, cur Autor omiserit verba initialia, ne videlicet lector sentiret mutationem status controversiæ. Aliud est ex solutione indebiti oriri* obligationem impropriam; *aliud, hanc obligationem esse* improprie tacitam. *Posterius ipse concesseram, sed prius saltem impugnaveram, quod dixerat Autor subesse hic obligationem impropriam. Ergo jam in responsione id assumit, de quo non est lis. Id tamen liceat adversus eum ex hac responsione notare. Concedit Autor dari obligationes tacitas improprie. Concedit Autor his obligationes tacite improprias pertinere ad quasi contractus. Ergo hac confessione illa destruit, quæ alibi contra nos urget, quod distinctio inter consensum tacitum & præsumptum, sive hunc improprie tacitum, sit inutiliter illata in artem. Vide quæ disceptamus hac de re* ad tit. Pandect. de procurat. n. 4. *Item ex hac confessione poterunt ea impugnari, quæ in Pandectis pessim mihi opponit, quod numerum quasi contractuum nimis extenderim. Vide potissimum novam additionem* ad tit. ad exhibendum. n. 1.

(f) Cæterum, errore solutum oportet esse quod condicetur; ubi anceps occurrit quæstio, juris etiam error, an facti duntaxat intelligendus sit. Videtur rotunda esse decisio in *l.* 10. *C. de Jur. & fact. ign. Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio; per ignorantiam enim facti tantum, repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est.* Licet autem *in tit. de condict. ind.* error ubique simpliciter memoretur, est tamen ita, quod erroris vox simpliciter posita de facti errore soleat intelligi. *l.* 9. §. 5. *vers. quod ex causa. & versic. nam initium. de jur. & facti ignor.* Res tamen prædura videtur, condictionem hanc, quæ ex bono & æquo in hoc introducta est, ut quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocetur, *l.* 66. *de condict. indeb.* negare propter innocuum juris errorem; maxime, cum generaliter sit traditum, juris ignorantiam non prodesse quidem adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocere. *l.* 7. *de jur. & fact. ignor.* Quo loco nimis illa subtilis interpretatio videtur, qua eum, qui indebitum solutum condicit, non suum, sed amissum repetere, cavillantur dissentientes, & juris errorem non nocere quidem volunt in damnis rei amittendæ, secus in re amissa; cujusmodi pecuniam indebite solutam esse, interpretantur, eo quod solutio sit species alienationis, & condictio rem non suam supponat. §. 14. *Inst. de Action.* Etenim quamvis suum proprie debito opponatur, *l.* 27. §. 2. *& l.* 34. *in pr. de aur. arg. leg.* non raro tamen suum idem quod debitum significat, *l.* 6. §. 6. *quæ in fraud. credit. l.* 5. §. 5. *de dol. mali & met. except. & l.* 5. *C. de petit. hered.* ut & in definitione Justitiæ jurisque præceptis, *suum cuique* usurpatur; nec dubitandum, quin hoc loco, ubi de sensu æquitatis naturalis agitur, *suum* in latiore sensu sit accipiendum. Quis enim dixerit, iniquum esse, ut juris error innoxius sit ei, qui rem suam persequitur, quam forte aliis debet; non esse iniquum, uti rem sibi debitam, quam forte pluris intersit ejus habere, petenti opponatur? Et hæc æquitas manifesto approbatur in *l.* 1. *pr. ut in possess. legat. & l.* 7. *de condict. caus. dat. caus. non sec.* ubi non obscure juris error in eo, qui ignorabat se doli exceptione uti posse, animadverti potest, nec multo secus in *l.* 32. §. 1. *de condict. indeb.* Apertissime, ni fallor, in *l.* 1. *C. de condict. ob caus. dat.* ubi mulier avunculo dotem dedit, putans se cum eo contrahere posse matrimonium, quo non potest liquidior esse juris error; nihilominus ei datur condictio. Secundum hæc, textus in *d. l.* 10. *C. de jur. & fact. ignor.* intelligendus videtur de ejusmodi casu, qualis est in *l.* 9. *C. ad L. Falc. & l.* 9. §. 5. *de jur. & fact. ign.* ubi heres, qui per juris errorem integra solvit legata, non potest condicere quartam L. Falcidiæ, qua uti se posse ignoravit. Causa enim ibi subest naturalis obligationis, qua fit, ut heres, qui Falcidia supersedit, pleniore pietatis officio functus dicatur. *l.* 5. §. 15. *de donat. int. vir. & uxor.* Condictio indebiti æquitate naturali inprimis nititur; proinde ubi is, qui solvit ex aliqua naturali æquitate fuit obligatus, jam cessat ratio, quæ condictioni causam præbait. Forte nec erit alienum dicere, Impp. in *d. l.* 10. respicere ad id, quod in *l.* 2. *& ult. ejusd. tit.* tradunt; condictionem indebiti non habere locum in causis lucrativis. Latius hoc agit D. Vinnius *comment. ad hunc* §. 6. *n.* 3. Dissent. multi, etiam noster D. Wissenb. *disp. ad Inst.* 39. *th.* 17. *& part. I. ad Pand. disp.* 43. *th.* 41. D. Voet. *comment. ad d.* §. 6. qui

(f) *Pos.* 22. 23. & 24.

qui idem statuit de solutione indebiti facta per socordiam atque supinam negligentiam, quia sic in *l.* 3. §. 1. *de jur. et fact. ignor.* scriptum sit; ignorantiam facti sic demum prodesse, si non *deperditi et nimium securi* hominis sit, ut in *l.* 6. *eod. nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis.* sed de crassa facti, idem quod de juris ignorantia, mox docetur *in l.* 7. & quod memoravimus, tenendum videtur, ut non tam ad suum repetendum, quam adquirere volentibus objiciatur. Cæterum, hoc sine difficultate concedendum; Si is, cui indebitum solutum est, sine fraude rem amiserit, pro parte vel totam, quod tantum quatenus inde locupletior est, teneatur. *l.* 26. §. 12. *vers. hoc solum. et l.* 65. §. 8. Duaren. *ad. d. tit. de condict. in deb. cap.* 9. Atque hæc de indebito & errore generaliter.

8. (g) Videtur autem Indebitum quodammodo esse duplex, ex re, & ex persona. *Prius*, quando id quod solutum est, vere non debetur. Ex *persona*, quando quidem debetur id quod est solutum, sed non ab eo qui solvit, vel non ei cui solutum est. Ex utroque datur condictio; nam etiam cum tu mihi solvisti, quod amicus tuus mihi debeat, condictio tibi datur, *l.* 19. §. 1. *D. de condict. indebit.* tametsi obstet *l.* 44. *D. eod. tit.* quam alii volunt loqui de eo, qui solvit nomine veri debitoris. Ita Cujac. *l.* 8. *observat. c.* 9. Giphan. in *l.* 16. *de condict. indeb.* Donellus 14. *comment. c.* 13. & alii; Est quidem illa responsio divinatoria, sed ego ita existimo, satius esse divinationes, quam ἀντινομίας admittere; modo sint ejusmodi conjecturæ, quæ ex ipsis textibus aliisve juris fundamentis refelli nequeant: Si cui tamen hæc minus hariolatio placet, is & aliter potest; Sic enim verba textus; *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam a vero debitore solutum est*; si heic *suum* in proprio strictoque sensu accipere velis, quem paulo superius designavimus, dic, creditorem in hac *l.* 44. rem propriam accepisse, quam nulli reddere debeat, siquidem adversus omnes justi dominii habet exceptionem; ut docet exemplo JCtus in *l.* 33. verbis *sed suam rem. D. eod. tit.*

9. (h) Ut autem Condictio locum habeat, oportet id, quod solutum est, saltem naturaliter non deberi, licet civiliter debeatur; nam *v. gr.* quod quis metu coactus vel dolo deceptus promisit & solvit, hoc potest condicere, quia sufficit naturaliter non deberi. *l.* 41. *de condict. indeb.* Contra, quod naturaliter debetur, etsi civiliter indebitum, hoc non potest condici; ut exemplo notabili patet ex *l.* 60. *eod. tit.* ubi debitor sententia Judicis absolutus, adeoque exceptione perpetua tutus, tamen non potest repetere quod solvit; ut non immerito Marcianus dicat in *l.* 40. *pr. eod.* non esse perpetuam hanc regulam, *Qui exceptionem perpetuam habet, eum solutum repetere posse*; ne quidem eo sensu, quem JCtus excipit; cum exceptio in favorem ejus, qui solvit, introducta est: nam exceptio rei judicatæ est hujus naturæ sine dubio, neque tamen condictionem tribuit, quatenus scil. subest solida naturalis obligatio: Dico solida; nam secus est si jus civile naturalem illam obligationem tollat & evertat; veluti est obligatio pupilli & mulieris fidejubentis, quæ licet naturaliter valeant, tamen quia Jure Civili infirmantur, Condictio inde nascitur. *l.* 40. *D. de condict. indeb.* At ibi tum applicanda est modo indicata Marciani distinctio, utrum jus civile labefactet obligationem naturalem in gratiam favoremque debitoris, an vero in odium creditoris; Nam si hoc, tum, utcumque lex aboleat vim obligandi naturalem, non est tamen ut debitor habeat condictionem; *Veluti, si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit*, non repetit, habetur in *d. l.* 40. *fine pr.* Quod si adhuc in potestate existens solverit, tamen condictio negatur, per *l.* 14. *de reb. cred.* quæ indistincte loquitur, ut & *l.* 26. §. 9. *de condict. in deb. et l.* 9. §. *pen. de SC. Macedon.* Verum quod ex testamento jure invalido solutum est, pertinet ad regulam fractæ Jure Civili obligationis naturalis, & repeti potest, *l.* 2. §. 1. *de condict. in deb.* quanquam, si heres cognito testamenti tenore vitioque perspecto, ex conscientia satisfaciendi testatoris voluntati solverit, repetitio nulla datur. *l.* 2. *C. de fideic.* Ad eandem regulam pertinet, solutio integri legati sine detractione Legis Falcidiæ, siquidem heres in facto circa vires hereditarias erraverit. *l.* 9. *C. ad L. Falcid.*

10. Etiam quod in diem debetur, si ante diem solutum est, non potest condici, quoniam & ante diem debetur. *l.* 10. *de condict. indeb.* Nec ratio apparet, quare debitor interusurii nomine, hoc est, ratione ejus quod interest, propter commodum medii temporis, quo creditor pecuniam habuit, antequam exigere potuisset, quicquam petere possit: Nam causa usuræ in strictis contractibus est stipulatio duntaxat, *l.* 3.

(g) *Pos.* 26. (h) *Pos.* 25.

Digitized by Google

l. 3. *C. de usur.* in bonæ fidei judiciis mora & pactum. *l.* 32. §. 2. *& alibi de usur.* Distinctio Molinæi *tract. de comm. & usur. quest.* 64. *n.* 497. *& seqq.* inter anticipatum tempus modicum & non modicum, æquitatis specie blanditur, nec ab usu judiciorum forte aliena erit, at juris auctoritate destituitur. Perez. *ad tit. C. de condict. indeb. n.* 5. Costal. *in l.* 10. *D. eod.* Quod sub conditione debetur ante conditionem existentem solutum, repeti potest, *l.* 16. *pr. & l.* 60. *pr. d. t.* Ratio ex iis, quæ supra *ad tit. de verb. obligat. n.* 5. dicta sunt, facile percipi potest. Si tamen conditio sit ejusmodi, quæ omnino sit extitura, nec deficere queat, solutum non repetetur. *l.* 18. *de condict. indeb.* Quod si in diem incertum debeatur & ante diem solvatur, scriptum est, diem incertum facere conditionem, *l.* 75. *de C. & D.* nisi perinde sit ejusmodi dies, quæ incerta quidem est *quando*, certa tamen est aliquando extitura. *l.* 17. *de condict. indeb.*

11. (i) Tres sunt causæ, in quibus omnino cessat condictio indebiti, scilicet actiones, in quibus lis inficiando crescit in duplum, † quæ sunt, Legati piis locis relicti, legis Aquiliæ, & Depositi miserabilis, quod incendii, tumultus, ruinæ, naufragii causa est depositum. *l.* 1. §. 1. *& seq Deposit.* §. *ult. h.* Ratio, cur in his judiciis cesset condictio, satis est obscura, etiam ea, quam plerique reddunt, quod solvendo quasi transactum sit de duplo, ad quod tenentur hi, qui vel de fraude sunt convicti, vel primo se reos esse ex hisce causis inficiati sunt.

SCHOLIUM.

Sed quid obscuritatis hic subest, si dicas, leges in his casibus præsumpsisse transactionem? Sane ipse Autor fatetur, id quod nomine transactionis datur, non posse condici tanquam indebitum, quamvis sine causa vera præcedente detur. Ergo qui in causa depositi miserabilis quid solvit, præsumitur id non ex errore solvisse, sed ex metu dupli. Non obstat. l. ult. C. h. t. *utpote quæ loquitur de metu et anxietate in genere, in quo leges nullam transactionem voluere præsumere. Ibi ergo regula traditur, hic exceptio.*

RESPONSIO.

Exemplo res patebit. Conveniris de damno dato. Putas te dedisse damnum; solvis æstimationem ultro. Nec infitiationis, neque doli ulla mentio. Intelligis dein errorem fuisse, alium esse reum. Quid heic simile transactioni de duplo? Si quis tamen velit, hic esse præsumptionem illam: fiat; non repugno. Mihi non potest non obscurum videri. Vid. §. ult. h. t.

(i) *Pos.* 27.

N. ADDIT.

Vereor, ne nunc sit ignorantia affectata. Nam prout Autor casum format, multa sunt monenda. Putas, ait, te dedisse damnum, & ita solvis ultro. Distinguendum: si alius dedit, et nemo est, qui me persuadet me dedisse, vix casus est dabilis, quod sim ultro soluturus. Si actor dolose me persuasit, possum repetere. Nam etsi transactio præsumatur, tamen transactio dolosa rescinditur. Porro, ait Autor, infitiationis tamen hic nulla facta mentio. Quid inde? Sufficit quod Romani scirent, eum qui infitiaretur, teneri in duplum. Ipsi enim vulgo sciebant jura patria lingua patria proposita. Adeoque non æstimandi sunt ex nobis, qui jura peregrina habemus, ex quibus judicatur, quæ tamen populus ignorat.

Adde Vinn. *ad hunc* §. *ult. n.* 2. ubi suggerit duas exceptiones alias; Prima est de dote, quæ si data sit a matre, ab amita, vel sorore aliisve pietate productis personis & putantibus se esse obligatas, cum non essent, non repetitur *l.* 32. §. 2. *de condict. indeb.* Ex qua tamen non liceat ita colligere; condictionem indebiti cessare in causa dotis; quia non aliter hoc obtinet, quam ubi pietas inducit præsumptionem, quod ex affectu sponte dotem datura fuerit; quemadmodum & JCtus in *d. l.* 32. §. 2. *sublata*, ait, *opinione falsa, relinqui pietatis causam, ex qua solutum repeti non potest*. Multo minus recte dicitur, in causa transactionis hanc cessare condictionem. Imo, qui solvit quasi ex transactione quæ facta non est, repetere potest, utpote ex falsa causa datum, *l.* 23. *in pr. de condict. indeb.* quod est verissimum hujus condictionis specimen & exemplum. Etenim, quod is, qui vere transegit de lite, quæ per calumniam ei movebatur, cum nulla subesset causa litis solida, non potest repetere quod dedit; id ad hoc caput nullo modo pertinet, sed ad diversissimam quæstionem, an scilicet transactio possit rescindi, ex eo quod nulla causa media fuit, quæ transigendi necessitatem inferre potuisset; id quod negatur *l.* 2. *et l.* 19. *C. de transact. l.* 65. §. 1. *de condict. indeb.* ubi addit JCtus, *nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse*. Condictio indebiti cessare dicitur, quan-

† Hæ tres Actiones, Legati piis causis relicti, Legis Aquiliæ, & Depositi miserabilis, etiam apud Saxones pœnales sunt, §. 12. *I. de Action. lege* 2. §. 1. *D. ad L. Aquiliam*, *lege* 1. §. 1. 4. *D. Depositi* expressa sanctione confirmatis se in usum revocatis, O. P. S. E. I. & E. *Tit. XVI.* §. 1.

Digitized by Google

quando quod solutum est ex aliqua causa, repeti nequit, etsi probetur causam illam esse falsam; Proinde, si repeti non posset quod titulo transactionis solutum est, cum transactio nulla praecesserat, tum vere cessaret condictio; at hoc falsum esse, probat *d l.* 23. *in pr.* Eadem ratio exceptionis est, quam de causa jurisjurandi §. 11. *Inst. de Action.* & Rei judicatae, *l.* 1. *C. de condict. indeb.* vulgo comminiscuntur. Sane quod quis sciens indebitum solvit animo repetendi, nullo modo repeti potest, *l.* 1. & *l.* 50. *de condict. indeb.* sed non est haec exceptio, quia non est de regula, quae de solutione per errorem facta loquitur. Donell. 14. *comment.* 25.

TIT. XXIX.

Per quas personas nobis obligatio adquiritur.

(a) HUjus tituli notitia pendet ex eo, quem supra habuimus, *per quas personas cuique adquiritur*. Notum est, alii per alium non adquiri obligationem, nisi per eum, qui in potestate nostra sit, veluti per filiumfamilias & per servum. Pater igitur adquirit obligationem quam filius contraxit ratione peculii profectitii, sed quam ex peculio adventitio adquisivit, ejus proprietas ad filium, ususfructus ad patrem pertinet; quae autem ex peculio castrensi vel quasi castrensi oriuntur, ea cuncta penitus & pleno jure filio adquiruntur. *in pr. hoc tit.* Proinde, si quid filius stipuletur ex causa profectitia, id Patris pleno jure fit. *pr. h. t. l.* 6. *pr. C. de bon. qu. lib.* Duntaxat, si filius tempore contractus in potestate fuerit; tametsi enim emancipetur antequam debitum sit exactum, manet tamen actio Patris, quia in stipulationibus id tempus, quo contrahitur, spectamus. *l.* 144. §. 1. *de R. J.* Imo in conditionali contractu, si ante existentem conditionem filius emancipetur, licet obligatio tum demum nascatur, Patri tamen adquiritur, *l.* 78. *de V. O.* nisi conditio pendeat ab arbitrio factoque filiifamilias, *l.* 132. §. *ult. eod.* & *l.* 11. §. 1. *Qui pot. in pign.* vel sub hac conditione, si juris sui factus erit, stipulatus sit filius, aut servus, nisi rursus dolo id fecerint. *l. ult. de stipul. serv.* At in legatis aliter se res habet; Quod enim filio sub conditione relinquitur, eo mortuo, vel emancipato ante conditionem, Patri non adquiritur, quia legata, priusquam deberi incipiant, vires non capiunt, *l.* 18. *de R. J.* & *l.* 5. §. 2. *Quando dies leg. ced.* adde quae dicta *ad pr.* & §. 1. *d. tit. per quas personas*. Per servos indistincte adquiritur obligatio, qui modo nostri sunt, nam per alienos & bona fide possessos non nisi duabus causis adquiritur, scilicet ex operis illorum & ex re domini. §. 1. & 2. *h.* Per servum communem dominis pariter pro rata adquiritur, nisi nomine vel jussu unius contraxerit; tunc enim illis duntaxat adquirit, quorum nomine quorumque jussu contraxerit. §. *ult. h. t.*

TIT. XXX.

Quibus modis tollitur Obligatio.

I. De modis tollendi obligationem ipso jure, generaliter. II. De solutione, ubi quid solvi possit. III. Invito creditori non posse per partes, posse tamen ante diem solvi. IV. Quis solvere possit, & de effectu solutionis. V. De acceptilatione. VI. De novatione. VII. Quotuplex sit novatio. VIII. Differentia novationis quae fit interventu novae personae, a delegatione. IX. Quandonam inter easdem personas intelligatur novatio. X. Effectus voluntariae novationis. XI. Diversi effectus necessariae novationis. XII. De contrario consensu. XIII. Reliqui modi quibus tollitur obligatio, ubi de confusione. XIV. De compensatione. XV. De interitu rei debitae. XVI. De oblatione & consignatione.

(a) NOn sine ratione methodi ratio in hoc capite a Justiniano exigitur, quod de modis obligationem tollendi agit antequam de obligationibus tractatum absolverit; cum alter earum fons & quasi mater adhuc supersit, quae est maleficium. Ratio duplex reddi posse videtur, prima, quod modi quibus tollitur obligatio longe frequentiores sint in contractibus quam

(a) *Pos.* 1. & *seqq.* (a) *Pos.* 1. 2. 3.

Digitized by Google

quam in delictis; altera, quod hi modi sint voluntarii omnes, partiumque consensu perficiantur: cum delicta sint obligationes involuntariæ interque invitos solummodo constent. Maluit igitur Cæsar affectionis hujus cum materia proxima, quam ordinem universæ partitionis considerare, quod & gratius Lectori evenire videtur. Tolluntur autem obligationes, vel ipso jure, vel per medium exceptionis. Modi quibus ipso jure tolluntur, heic loci quatuor tractantur, Solutio, Acceptilatio, Novatio, & contrarius Consensus. Solutionis vocabulum late vel strictius in jure usurpatur. Late, pro quavis liberatione, sive cujuslibet obligationis solutione, quæ fit ipso jure, hoc est ita, ut debitum sine ullo actu judiciali penitus aboleatur & jus creditoris funditus extinguatur, ita ut nulla ei actio amplius supersit. *l.* 54. *de solut.* & *l.* 176. *de V. S.* Per modum exceptionis obligatio tolli dicitur, quando jus creditoris in se adhuc durat actioque ab illo institui potest, sed æquitatis intuitu per exceptionem eliditur, de quibus *tit. Inst. de except.*

2. (b) Solutio stricte sumpta quasi per excellentiam, definitur; Naturalis præstatio ejus quod debetur. *l.* 49. & *l.* 52. *de Solution.* Dicitur *naturalis*, hoc est vera & propria, quando res ipsa, quæ debetur, traditur; aut cum nummi debiti adnumerantur, vel, ut olim, appenduntur. Vim verbi, *naturalis*, Græci efficaciter exprimunt, quando solutionem vocant καταβολὴν, & solvere καταβάλλειν, quasi *projicere*, aut *adjicere* & *effundere nummos*, quod & Galli sua Lingua imitantur, qui *bailler projicere*, frequenter pro *solvere* uti solebant, neque vernaculum *schieten*, *tellen*, unde *betalen*, hinc alienum est. Voce *naturalis* discernitur etiam solutio ab acceptilatione, quam esse imaginariam solutionem mox intelligemus. Ipsa quoque res debita, inquam, solvi debet, alioqui non est præstatio naturalis, ita scil. ut res fungibiles in eodem genere solvi sufficiat, *l.* 2. §. 1. *D. de reb. cred.* quemadmodum supra in capite de mutuo intelleximus: nam sane qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere. *arg. l.* 1. *de contrah. empt.* & *l.* 65. §. 1. *de V. O.* Seneca 6. *de benef. c.* 5. Species autem sive corpora in eadem specie reddenda sunt, nec enim potest aliud pro alio solvi invito creditori, sed volenti potest. *in pr. hoc tit. d. l.* 2. §. 1. & *l.* 80. *de solut.* Si vero contentus sit creditor accipere aliud pro alio in solutum, nihil est quod impediat, vel species dare pro pecuniis, etiam in illis contractibus, quorum ea proprietas est, ut pecuniam numeratam exacte in contrahendo requirant, *l.* 17. *C. de solut.* & *l.* 9. *C. de rescind. vend.* qui tamen auri argentive certum pondus debet, solutione pretii ejus liberatur. *l.* 1. *in f. l.* 9. & *l.* 35. *de aur. arg. leg.* Etiam quando quis decem in certa materia v. c. mellis debet, tum electio & debitoris & creditoris esse videtur, utrum mellis eam quantitatem, quæ talis sit pretii, an decem solvere vel petere velint; debitoris aute, creditoris post litem contestatam electione, *l.* 57. *de solut.* actum enim est in illis casibus de materiis corporalibus seu quantitatibus pretioque æstimatis. Sæpe etiam fit ut ex post facto, si res vel quantitas debita perierit aut præstari nequeat, ut tum ad æstimationem in pecunia numerata agatur, *l.* 22. *de reb. cred. l.* 3. §. 3. *de Action. empt.* & *l.* 59. *de V. O.* manet enim idem debitum, quando rei, quæ mercis numero habetur, in pecunia numerata fit æstimatio, ut etiam fidejussor in eum casum accipi possit; quod vice versa, ut pro eo, qui pecuniam debet, fidejussor in rem aut quantitatem aliam interveniat, fieri non potest *l.* 8. §. 8. & *l.* 42. *de fidejuss.* Sane quando in bonis debitoris pecunia non reperitur, res loquitur, aliunde solutionem conficiendam resque debitoris creditori esse addicendas, *Nov.* 4. *c.* 3. quin hoc etiam in nummis est verum, non cogi creditorem in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l.* 99. *de solution.* (1) quod refer ad ea quæ dix. *ad tit. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 3. nam prout quidque contractum est, ita & solvi debet. *l.* 8. *de adq. vel amitt. poss.*

3. (c) Unde etiam recte concluditur, quod nec invito possit obtrudi solutio per partes. Quia totum, non pars debetur, & solutio particularis minus est commoda, *l.* 3. *famil. ercisc.* adeo ut si quis debitum non totum consignaverit, de summa tota usuras debeat. *l.* 41. §. 1. *de usur.* & si quis sub pœna certam summam promiserit, is partem solvendo nulla parte pœnæ liberatur, l. 25. §. 13. *Famil. ercisc.* nec emptor parte pretii soluta partem ullam rei emptæ petere potest, *l.* 13. §. 8. *de Action. empt.* neque debitor solvendo partem, distrahendi pignoris facultatem creditori adimit

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 5.

(1) *At hoc non dicitur in cit. l.* 99. *de solut.* & *quomodo, quæso, creditor poterit pati damnum ex eo, quod debitor in alia quam accepit forma nummos solvat, modo probos solvat? Vide Mynsinger. observ. lib.* 2. *cap.* 9.

mit aut minuit, *l. 6. C. de distract. pign.* quod æque obtinet, si heredum unus pro sua parte solverit. *l.* 16. *C. eod.* adde *tit. C. si unus ex plur. hered.* Sane cui libertas sub conditione dandi relicta est, is heredem ad accipiendam partis solutionem, favore libertatis cogere potest *l.* 4. §. 6. *de statulib.* & si debitum pro parte sit liquidum, pro parte controversum, tum liquida pars solvi potest etiam invito, ut ita de controversa duntaxat litigetur, *l.* 21. *de Reb. Credit.* denique arbiter in judicio familiæ erciscundæ inter coheredes quidem nomina partiri potest, sed hoc nullam juris divisionem inducit, nec creditoribus, ut pars petenda sit, præjudicat. *l.* 3. *Famil. ercisc. l. ult. de distract. pignor. l. 9. si pars heredit. pet.* Nec in *l.* 9. §. 1. *de solut.* quæ objicitur, quicquam est, quo per partes invito solvi probetur, nec etiam in *l.* 2. §. 1. & 2. *de V. O.* quin etsi per partes debitor acceperit, si tamen simpliciter se obligavit ad restituendum, verius est, eum ad totum teneri restituendum. *l.* 80. *de solut.* & *l.* 27. *de R. J.* solvendum etiam eodem loco quo convenit, *l. 9. de eo, quod certo loco*: ut invitus creditor alio loco accipere non cogatur. *l.* 2. §. 7. *eod. l.* 16. §. 1. *de fidejussor. l.* 10. *C. de usur.* & *l.* 5. §. 1. *depos.* Cur igitur officio judicis inesse dicitur, ut rationem loci vel temporis habeat *in l. 5. pr. Comm.*? Nam quod vi conventionis jure debetur, officio judicis non indiget, cum hæc duo opponantur. *l* 7. *de neg. gest.* At hoc quidem per omnia non ita se habet. Ego enim ita existimo, nihil esse in officio judicis quod non saltem implicite insit in ipsa obligatione, ut alias latius; sed hunc quidem textum satis explicat JCtus *in l.* 137. §. 2. *de V. O.* scilicet de tempore, quod in loco tacite continetur, detinendo. Nihil etiam hærendum, quin tempus obligationi adjectum sit ita servandum. *l.* 44. §. 1. *de O. et A.* juncta *l.* 23. *de R. J.* Posse tamen ante diem solvi etiam invito creditori, probavimus *ad tit. de Verb. Oblig. n. 3. sub fin.* sine ullo tamen creditoris detrimento; Nam si debitor velit usuras deducere, quas usque diem constitutum creditori prorogaverit, nihil agit, *l.* 122. *pr. de V. O.* quamvis alioqui non intersit, gratuita an usuraria sit pecunia. Sand. 3. *decis.* 16. *def.* 1. Recusatæ autem a creditore pecuniæ hic erit effectus, quod interim si pareat, damnum hoc insuper recusationis habeatur, idque creditori incumbat, *l.* 72. *in pr. d. t. de solut.* modo tamen opportuno loco & tempore sit oblata solutio, *l.* 39. *de Sol.* nec id vero de qualibet defunctoria recusatione vel dilatione noli intelligere, *l.* 102. *de V. O.* sed oportet debitorem serio contestari, & si creditor perseveret, in publico deponere & obsignare pecuniam *l.* 19. *C. de Usur.* Proinde non prohibetur etiam post diem creditor actionem instituere, modo pecunia tum extet. *l.* 21. *de pecun. constit.* Cæterum, in ultimis voluntatibus paulo secus esse videtur, utique in fideicommisso in diem restituendo *l.* 10. *ad Sc. Trebell.* Dedimus aliam limitationem *cit. n. 3. in fin.* Dissentit Cujac. 23. *observat.* 23.

4. (d) Nihil interest ad tollendam obligationem, debitor ipse solvat an alius pro illo, quamlibet invito, *h. pr. l.* 39. *de negot. gest.* invito quidem non fit beneficium, *l.* 69. *de reg. jur.* sed limitatur hæc regula. 1. Facto non potest, vi legis potest. 2. Nisi intersit tertii, quemadmodum hic interest creditoris. Ei tamen, qui pro invito solvit, non videtur actio dari adversus alterum pro quo solvit, nisi ei a creditore cessa fuerit. *l. ult. C. de negot. gest. arg.* §. 1. *supr. de obligat. quæ quasi ex contr.* Cæterum fidejussores pignoraque liberari per solutionem ab reo principali factam & vice versa per solutionem fidejussorum debitores liberari, sponte ex his consequitur, *d. pr. in fin. l.* 43. *de solution.* neque tamen semper debitore liberato v. gr. præscriptione temporis, fidejussor liberatur, ut est species *in l.* 38. §. *pen. de solution.* sic etiam, si fidejussor solus moram fecerit aut per eum steterit quominus res, quæ interim periit, præstaretur, reo liberato, ipse adhuc utili actione ex stipulatu tenetur. *l.* 32. §. *ult. de usur. l.* 49. *in pr. de V. O.* Cum fidejussore comparatur quidem mandator, *rubr. de fidejuss. et mandator.* hoc tamen interest, quod mandatore solvente, reus non liberatur ipso jure, *l.* 28. *Mandat.* quia mandator propter suum mandatum & suo nomine; quod secus in fidejussore, solvit. *d. l.* 28. *et h. pr. in fin.*

5. (e) Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, *l.* 1. *de Accept.* (2) sive est verborum

(d) *Pos.* 6. & 7. (e) *Pos.* 8. & *seqq.*

(2) *Sed quomodo per mutuam interrogationem fit acceptilatio, cum in ea unius duntaxat interrogatio solet intervenire? Nondum hunc expedivit* **Barth. Chesius** *interpret.* lib. 1. cap. 47. *observans* l. 1. de accep. *desumptam esse ex* Modestini lib. 2. regul. *ut inscriptio ostendit, in quo libro de duobus reis egit Modestinus, ut patet ex* l. 2. de duob. reis. *Quo posito, sponte se offeret species, qua per mutuam interrogationem contingere potest ab eodem reum absolutio, nempe si ponamus, quod testator, duobus heredibus institutis, in solidum injunxerit ut Sejo darent, & legatarium eos velle per acceptilationem liberare.* **Vide Chel. loc. citat.**

Digitized by Google

borum conceptio, qua creditor debitorem ita liberat, ac ſi ſolviſſet, unde vocatur *imaginaria ſolutio*, *εἰκονικὴ καταβολή*, *in* §. 1. *in pr. h. t. l.* 5. *et l.* 16. *de accept.* Gloſſarium Juris, acceptilationem vult eſſe *τὴν εἰκονικὴν λῆψιν, τὸν τύπον μόνον καὶ σκιὰν σώζουσαν τῆς λήψεως, οὐ μὴν καὶ ἔργον. Imaginariam acceptionem, typum duntaxat ac umbram receptionis ſervantem, non rem ipſam, ἣν καὶ ἀθώωσιν ὀνομάζουσι, διὰ τὸ ἀθωοῦν καὶ ἐλευθεροῦν τὸν ὑπεύθυνον quam et abſolutionem vocant, quia reus per eam abſolvitur et liberatur*. Imaginaria dicitur reſpectu ſolutionis, quæ *φυσική*, *naturalis* eſt: alioqui vera & ſolida liberatio eſt acceptilatio, habens verum atque realem effectum, ut imaginarium idem ſit quod ſymbolicum, cum verus ſolidusque actus pari effectu per ſymbolum & imaginem exercetur. Uſus ejus eſt, ut interponatur a creditore, aut donandi animo, vel ob tranſactionem implendam, aut alterius rei perſonæve reſpectu, ſed abſque præſtatione ejus quod vere debetur, *d.* §. 1. *h. t.* quinimo ſi vocem ſolutionis generaliter accipiamus, ut ſuperius expoſitum eſt, tam & veræ ſolutionis nomen habere poteſt acceptilatio, ut omnem ſatisfactionem complectatur, *l.* 176. *de V. S.* juncta *l.* 9. §. 3. *de pign. act.* patetque adeo differentia ejus ab apocha, quæ eſt confeſſio ſolutæ pecuniæ, *Quitance*, cum acceptilatio ſit *quyt-ſcheldinge*. *l.* 16. §. 1. *de acceptilat.* Quia autem ſolennibus verbis fiebat acceptilatio, idcirco ſola verborum obligatio per eam tollebatur, donec inventa eſt Aquiliana ſtipulatio, in quam reliquæ obligationes tranſfunduntur, tranſfuſæ per acceptilationem perimuntur. §. 2. *h.* Ex. gr. debentur mihi centum ex empto; Rogo debitorem; centum quos ex empto mihi debes, hos tu mihi dare pondes? Ait ſpondeo. Tum ille; centum quos ego tibi dare ſpopondi, hos tu mihi acceptos fers? Acceptos fero. Atque hoc ſenſu dicitur acceptilatio eſſe juris gentium, quod ad effectum ſcil. quia non jam civiles tantum, ſed & juris gentium obligationes tollit. *l.* 8. *in fin. D. de Acceptilation.* Enimvero ſi acceptilatio facta ſit abſque novatione Aquiliana, licet ipſo jure non tollat actionem, per remedium tamen exceptionis idem adſequitur, quoniam acceptilatio inutilis vim valoremque pacti habet. *l.* 8. *pr. et l.* 19. *in pr. de Acceptil.* Denique, ejuſmodi circuitus novationis, etiam pro ſubtilitate juris Romani neceſſarius eſt, quando abſens per acceptilationem liberandus venit; Sicut enim per procuratorem non adquiritur nobis verborum obligatio, ut dix. *ad* §. 19. *Inſt. de Inutil. ſtipul.* ita nec acceptilationi procurator adhiberi poteſt, quoniam & hæc ſolenni verborum conceptione perficitur; imo, quod magis ad rem pertinet, eſt actus legitimus, quales non recipiunt conditionem vel diem, quod utrumque ſcriptum *in l.* 77. *de R. J.* Proinde, ut abſentes acceptilatione liberemur, opus eſt aliquem eodem loco, ubi creditor eſt, conſtitui, a quo creditor eandem pecuniam, quam nos ipſi debemus, novandi cauſa ſtipuletur, tum jam nos ſumus liberati; præſens autem amicus ille rogat creditorem acceptum, atque is acceptum fert; eoque modo plena liberatio perpetratur. *l.* 13. §. 10. *de Acceptil.* Procuratorem iſtum mandato ſcilicet inſtructum eſſe oportet, ut habetur *in l.* 3. *de Acceptil.* Cui genus debetur, ſi certam ſpeciem acceptam tulerit, obligatio tollitur, *l.* 13. §. 4. *de Acceptil.* perinde ut cui alternative aut hoc aut illud debetur, alterutrum acceptum ferendo, totam perimit obligationem, quod perinde eſt in pacto. *l.* 27. §. 6. *de pact.*

SCHOLIUM.

Scilicet, quod etiamſi per pactum acceptum feram alterutrum, tamen hoc pactum opponi poſſit toti obligationi d. l. 27. *Alias enim non eſt perinde an per pactum an per acceptilationem debitum fuerit ſublatum. Hic enim ipſo jure tollitur, ibi per exceptionem, quæ differentia tamen moribus noſtris eſt ſublata* per poſit. ſeq. *Adde* not. ad *Strauch.* XVII. 5. p. 188.

Sed hodie pactum & acceptilatio nihil differunt, niſi clauſulæ tranſactionum aliorumque pactorum, quibus partes ſe mutuo liberant, huc referantur, & hunc uſum maxime apud veteres habuere, ad inſtar ſtipulationum. *l.* 2. *l.* 15. *de Tranſact. et l.* 4. *de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſec.*

6. (f) Sequitur NOVATIO *in* §. 3. *h.* quæ definitur, Prioris debiti in aliam obligationem civilem vel naturalem tranſfuſio atque translatio. *l.* 1. *de Novation.* Fit translatio in naturalem obligationem, non quod attinet ad genus & formam obligationis, quia novatio ſemper fit verbis & civili modo, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *et l.* 5. *& paſſ. eod. tit.* ſed quod ad perſonam obligati attinet, velut ſi pupillus alienam obligationem in ſe recipiat. *d. l.* 1. *in fin.* Nam etſi pupillus ex ea cauſa non obligetur, partium tamen intentio efficit, ut obligatio tollatur, ac ita

(f) *Poſ.* 12. & 13.

Digitized by Google

ita novationis natura constet, ut exponit Imperator *in* §. 3. *h. t.*

7. (g) Est Novatio duplex, voluntaria & necessaria. Prior quæ fit consensu partium; non aliter tamen quam, ut modo dictum, per stipulationem, *l.* 1. §. 1. l. 2. *& l.* 5. 6.7.8. *& pass. D. de Novat.* posterior per litis contestationem, *l.* 11. §. 1. *l.* 29. *eod. l.* 1. *C. de judic. & l. ult. C. de usur. rei jud.* sed de priore definitio proprie intelligitur, ut mox intelligemus. Eaque rursus est duplex; Fit enim aut cum aut sine delegatione; quando novus debitor in locum prioris substituitur, ita ut primus plane liberetur, *h.* §. 3. *l.* 11. *de Novat.* novus autem iste vocatur expromissor, *l.* 4. *de condict. caus. dat. caus. non sec. & l.* 10. *de pignor. act.* item reus pro alio datus, *l.* 5. §. 7. *de jur. dot.* qui semetipsum quoque, debitore ignaro, delegare potest. *l.* 4. *de manumiss.*

SCHOLIUM.

Distinguunt tamen alii expromissionem a delegatione, quod in illa non requiratur consensus & scientia prioris debitoris, l. 8. in fin. de novat. l. 91. de solutionibus. *Secus in delegatione*, arg. l. 11. & 17. de novat. Non obst. l. 4. §. 1. de manumiss. conf. *Wissenb.* d. l. th. 4. & 5. *Strauch.* XVII. 7. & 8. *Quomodo ulterius delegatio a novatione differat*, *vide* Auctorem h. & *Wissenb.* d. th. 5.

RESPONSIO.

Non videtur esse recusanda hæc differentia. Quæ tamen non impedit, quominus qui delegatur, etiam sit expromissor, ut est sine dubio.

8. (h) Accurate quidem loquendo, differunt Delegatio atque Novatio, quæ fit interventu novæ personæ; Namque delegatio proprie est actus ille, quo novus debitor in locum prioris substituitur, quod solo consensu nutuque perfici potest, *l.* 17. *de Novat.* sed novatio non nisi per stipulationem fit, ut dictum, quæ tum sequitur delegationem. Ex. gr. debes mihi centum quos tibi diutius credere nolo. Igitur Titium substituis consentientem eumque ego recipio; hactenus est delegatio. Tum ego, Centum, inquam, quos Cajus mihi debet, hos tu mihi dare spondes? Spondeo. Hæc est novatio, quæ tamen compendio significationis delegatio appellatur, *d. l.* 11. *de Novation.* Quid hæc a cessione differat, palam est, quia non aliter quam utriusque fit consensu, *l.* 1. *& l.* 6. *C. de Novat.* cum cessio fiat ignaro invitoque debitore, ut ex iis quæ *ad tit. de Mand.* diximus, intelligi potest. Cessio denique non tollit obligationem, ut delegatio. *l.* 4. *C. de Novat.*

9. (i) Sine delegatione, vel ut Thomasius mallet, sine expromissione, fit novatio, quando manentibus eodem debitore & creditore obligatio mutatur, *l.* 1. *pr. &* §. 1. *l.* 9. *& l.* 28. *de Novat.* veluti, cum is, qui ex empto debet, tanquam ex mutuo eandem summam debere se profitetur, & stipulanti cum usuris redditurum spondet. *l.* 6. *C. si certum petatur.* Limitat tamen hanc novationem Justinianus in *d.* §. 3. ut non aliter inter easdem personas novatio intelligatur, quam si aliquid novi sit adjectum sequenti stipulationi, *forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur*, §. 3. *h. t. vers. sed si eadem*. quod tamen eo sensu negat Gœdd. *de verb. obl. c.* 5. *n.* 98. *& seqq.* per *l.* 8. *pr. & l.* 30. *de Novat.* in quibus est novatio inter easdem personas absque mutatione; sed in *l.* 30. expressum est animo novandi esse repetitam stipulationem. Vid. Vinn. *comment. ad hunc* §. *n.* 6. Novissime requirit Justinianus in novatione, uti partes diserte exprimant se priorem sustulisse obligationem novamque constitutam velle: cæteroqui posteriorem non esse vult novam, sed accessoriam duntaxat, *d.* §. 3. *vers. sed cum hoc quidem. l. ult. C. de Nov.* at olim quoque novatio non aliter, quam si id actum esset inter partes, procedebat, *l.* 2. *l.* 8. *pr. &* §. *ult. & l.* 28. *de Nov.* quo fortean pertinet, quod modo de die cæterisque adjectionibus est dictum. Verum ut nominatim novandi animus* exprimatur, jure veteri non videtur fuisse necessum. Imo videtur per *l.* 58. *de V. O.* sed haud temere istum locum Cujacius *ad d. l.* 58. a Triboniano putat esse interpolatum, nec forte non *l.* 29. *& l.* 31. §. 1. ubi verba, *nisi id specialiter actum sit*. D. Wissenb. *Embl. Tribon. ad dd. ll.* sed & constitutio *d. l. ult.* sic intelligenda est, si non ex ipsa negotii natura palam constat aliam rem geri, quod sane liquet, si quis pro bove v. c. stipuletur equum, sublata stipulatione de bove; Similiter in delegatione non creditur habere locum ** *d. l. ult.* Quis enim de animo novandi, ubi novus est debitor vel creditor, dubitare possit? D. Vinn. *ad h.* §. *n.* 7. Voet. *ibid. n.* 8. 10.

(g) *Pos.* 14. (h) *Pos.* 15. (i) *Pos.* 16. *& seqq.*

* In Saxonia Elect. pariter novandi animum exprimendum esse, apparet ex *Decision. El.* 66. & Philipp. *ad eand. obs.* n. 18. Carpz. *P.* 2. *C.* 9. *Def.* 4.

** Ita recte cum Autore Hahn. *ad Wesenb. tit. de novat.* verb. *etiam.* Mevius *p.* 2. *Dec.* 240. Bachovius ad Treutler. *Vol. II. Disp.* 29. *th.* 6. *lit. H.* sentiunt, vid. Menck. *Contr. Jur. Civ. Disp.* 23. *th.* 12. Decisio Electoralis 58. distinguit hoc

10. (k) Effectus voluntariæ novationis sunt, ut tollantur pignora, hypothecæ, fidejussiones, denique mora & usuræ cursus sistatur, *l.* 8. *l.* 15. *l.* 18. *l.* 27. *l.* 29. *de Novat.* & *l.* 43 *de solution.* & exceptio doli amittitur ab eo, qui sciens eam sibi competere adversus priorem creditorem, delegari se passus est alii; Hic enim cum non deceperit ipsum, doli exceptionem non patitur, sed debitor eam donasse videtur, ignorans se habere regressum adversus delegantem. *l.* 12. *de Novat.*

11. (l) Necessaria novatio fit per litis contestationem, quæ & delegatio dicitur, opponiturque voluntariæ Novationi *in l.* 11. §. 1. *de Novat.* Nam judicio contrahi, sicut stipulatione, docet Ulpianus in *l.* 3. §. 11. *de pecul.* vocat illam *judicati* obligationem. Atqui in sententia nihil est stipulationi vel contractui simile; sed hoc ad litis contestationem, quæ fit per narrationem actoris & contradictionem Rei, manifesto referendum est. Nec tamen effecta novationis hujus effectum prius habent, quam secuta sententia secundum actoris intentionem; absoluto enim reo, nihil fit novi, atque ideo, quæ proprie est litis contestationis, ea dicitur esse *judicati* obligatio. *d. l.* 3. §. 11. At hæc obligatio retinet omnia commoda prioris obligationis omnesque accessiones, quæ erant in originali, *l.* 29. *de Novat. l.* 8. §. 3. *de Fidejuss. l.* 16. §. 5. *de pignor. l.* 86. & *seqq. de R.J.* quo, vel etiam priore sensu, negatur vetus actio lite contestata consumi, *in l.* 2. *C. de Judic.*

SCHOLIUM.

Scilicet etiam privilegium prioritatis & prælationis, quod in cessione & novatione voluntaria non ita semper obtinet. D. Wilsenb. d. l. th. 8. Strauch. XVII. 7.

Igitur Novatio appellatur, quia novas adfert qualitates, dum obligationes tempore & morte perituras facit perpetuas & in heredes transitorias. *l.* 139. *pr. de R.J.* Alibi plura.

12. (m) Contrario consensu tolluntur obligationes consensuales, dum res adhuc est integra; nam si traditione vel solutione jam sint impletæ, tunc non simplici consensu, sed retro omnia agendo retractari debent. Quemadmodum & reliqui contractus, in quibus plus quam consensus requiritur, consensu partium solo non possunt revocari. vid. §. *ult. h. t. l.* 6. §. *fin. de contrah. empt. l.* 1. *l.* 2. *C. Quando lic. ab empt. disced.* & *l.* 58. *de pactis.* Potest autem & pro parte retractari quod actum est, æque ac in totum, *l.* 7. §. 6. *de pact.* modo uterque in dissolutionem consentiat. *d. l.* 1. *Quando lic. ab empt. disced.* Unius voluntas nihil operatur, *l.* 5. *C. de O.* & *A.* nisi quod mandatum & societas peculiari iure hac in parte utuntur, ut pridem intelleximus. Hypotheca, quæ solo consensu initur, est ejusdem in hoc quoque articulo cum reliquis contractibus naturæ, *l.* 1. *l.* 9. §. 3. *de pignor. act.* & *l.* 4. *de pig.* juncta *l.* 23. *C. eod.* quod secus erit in pignore proprie dicto. *per l.* 58. *de pact.* Sed quid hoc est, nudo consensu tolli obligationes consensuales? Aut quid hoc, quod scriptum est *in* §. 3. *infra de Except.* pacto convento non dissolvi omnino obligationes, sed actionem nihilominus dari, quæ per exceptionem elidatur? Cum idem tradatur *in l.* 27. §. 2. *de pact.* ne quidem pacti mere naturalem obligationem pacto contrario ipso jure tolli. Plane D. Voetius *ad hunc* §. 4. *n.* 1. negat contra Bachovium eam esse nudi consensus vim. Quid facias tamen? Res nimis clara est & in reliquis textibus citatis; neque recusandum, juxta naturales obligationes, quæ ipso jure tolluntur, *l.* 95. §. 4. *de solut.* eas quoque civiles ipso jure tolli, quæ solo nudoque consensu, adeoque mero jure gentium constant, eademque ratio est obligationis furti & injuriarum. *l.* 7. §. 14. *de Pact.* Proinde quod pactum non nisi per exceptionem & replicationem tollere dicitur obligationem, id de illis casibus accipiendum, quibus non agitur de simplici resolutione contractus mere consensualis: & quod pactum prius per posterius ipso jure tolli negatur, hoc ad pactum de petendo, quod sequitur pactum de non petendo, capiendum; Nam quia pactum prius de non petendo se referens ad obligatio- nem

(k) *Pos.* 19. (l) *Pos.* 20. & 21. (m) *Pos.* 22. & 23.

caso inter mercatores & alios delegantes, & regulariter in delegatione non tantum novandi animum exprimere, sed & priorem obligationem verbis expressis cassare & tollere jubet; Mercatoribus autem permittit absque nominatim facta novationis mentione delegare, & observantias desuper inter eos receptas confirmat. conf. Carpz. *p.* 2. *C.* 19. *def.* 16. *Id. L.* 3. *Resp.* 101. *n.* 15. Philipp. *ad d. decis. Obs.* 2. *n.* 24. *seqq.* Novissime autem *Mandat. Pot. Reg. Polon. d. An.* 1699. §. *Bey der* 3. *Frage*, cautum est, assignationem per modum delegationis non aliter quam in scriptis fieri, assignantem ab eo, cui assignatio & delegatio fit, i. e. a Creditore suo quittantiam accipere debere; quam formam si delegans observaverit, ipsum a priori obligatione nondum liberatum censeri, nec integrum ei esse delegandi ac novandi animum per testes jurisve jurandi delegationem probare, adeoque discrimen inter Mercatores & non Mercatores *d. Mand.* quodammodo sublatum esse videtur, §. *Und wie nun hiernach manniglich, als nach einem allgemeinen Land-Gesetze sich zu achten hat.* nisi quod casus; ubi assignatio in vim dationis in solutum per scontro facta est, ac de eo constat aus denen. Scontro-*Buchern*, excipiatur, *d.* §. *Bey der* 3. *Frage* vid. *Leipz.* Statuta *p.* 103.

nem aliam civilem & efficacem, ei non aliter derogat quam jure Prætorio, per exceptionem in judicio oppositam, hoc est facto; non potest sequens pactum nisi contrario replicationis facto exceptionem priorem evertere. Si tu roges, quomodo pactum a contrario consensu differat, propone tibi exemplum; *Emimus vendidimus*, postridie, *non emimus non vendidimus. Locavimus conduximus*, mox, *non locavimus non conduximus*: est contrarius consensus obligationem funditus tollens. Pactum ita fit; vendidi emisti, debes pretium, *non petam*, hic obligatio manet, executione ejus enervata. Diximus & alias. Adde Wesenb. *in par. D. de pact. n.* 11. Denique, si contractus ipso jure totus contrario consensu dissolvitur, perinde ac si nihil esset actum, res loquitur, consequentias aliorum respectu perinde evanescere; Unde vix equidem dubitandum videbatur, quin emptione venditione contraria voluntate resoluta, jus retractus, quod vicinis aut consanguineis competit, pariter extinguatur, maxime, quia tum cessat ratio propter quam Retractus est introductus, qui est ne res alienetur extra familiam; aliud tamen fuit supremæ Frisiorum Curiæ judicium apud Sand. *lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 6.

13. (n) Præter hos quatuor modos sunt adhuc alii, per quos ipso jure tollitur obligatio, scilicet Confusio, Compensatio, Oblatio cum depositione pecuniæ, rei Interitus sine culpa debitoris. Confusio est debiti & crediti in eandem personam concursus, qui accidit, cum debitor fit heres creditoris, vel creditor debitori succedit; nemo enim esse potest sui ipsius debitor, *l.* 75. *D. de sol.* quæ ratio efficit, ut etiam naturalis obligatio per confusionem tollatur, æque ac aliis modis. *l.*95.§. 2. *de solut.* Neque enim per naturam fieri potest, ut idem sit debitor & creditor: quanquam sunt casus peculiares, quibus confusionis effectus impeditur, *in l.* 6. & 8. *C. ad L. Falcid. in l.* 69. *ad Sc. Trebell.* quos opponit Giphan. *in hac quæst. ad l.* 2. *C. de luit. pign.*

14. (o) Compensatio est debiti & crediti inter se contributio, veluti, cum ego tibi primo centum debeo, & tu deinde mihi vicissim debere incipis tantundem, aut minus; tum confestim tollitur aut minuitur in tantum obligatio mea. Sed hac de re latius infra agetur *ad* §. 30. *de Action.* vel potius ad *ff. sede propria.*

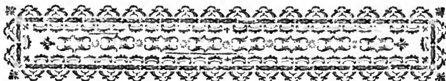
15. (p) Denique interitus speciei debitæ sine culpa & ante moram eveniens liberat debitorem. *l.* 23. *D. de verb. oblig. l.* 23. *de R. J.* Limitatio de mora temperamentum recipit, ut, si res æque apud creditorem vel dominum interiisset, utcunque traditione confestim facta, tum possessor sive debitor etiamnum liberetur, *l.*47. §. *ult. de Leg.* 1. *l.* 14. §. 1. *Deposit.* & *l.* 15. §. *ult. de R.V.* non obstante *l.*25.§. 2. *Sol. Matrim.* ubi vir, qui moram in dote reddenda fecerit, detrimentum *omnimodo* ipse præstare dicitur; licet absit dolus & culpa, de quibus egerat in §. *præc.* non etiam ut hæc distinctio, qua nihil est æquius, tollatur. Excipiuntur tamen fures & prædones. *l.* 1. §.34. *l. pen. de vi & de vi arm. l. ult. D. de condict. furt.* Fachin. 2. *controv.* 71. Bronch. 1. *antin.* 74. Potest huc etiam referri concursus duplicis causæ lucrativæ in eandem rem atque personam. *l.* 17. *de obligation. & action.*

16. (q) III. *Oblatio & consignatio* pecuniæ aut alterius rei mobilis debitæ, habet effectum solutionis, *l.* 9. *C. de solution.* ut etiam liberet a periculo & ab usuris. *l.* 19. *C. de usur.* Oblatio totius debiti tempore locoque opportuno *l.* 39. *de sol.* præcedere debet; & si creditor recuset accipere, citandus est, quod ex justa causa aliquando sine prævia oblatione fieri potest, ac si opponat se, litigandum; debet autem esse *obsignatio totius debiti solenniter facta*, alioqui non liberat. *d. l.* 9. Si pars modo consignata fuerit, usuræ totius adhuc debentur. *l.*41. §. 1. *de usur.* Quod si creditor ad impensas obsignationis vitandas declaret se pecuniam pro obsignata habere, debitor non liberatur, sed ab usura & pœnis est liber, etsi usuræ sint compensatoriæ. Sand. *l.* 3. *tit.* 13. *def.* 14. ubi, an idem sit juris, quando judex pecuniam habeat pro obsignata. Quin imo recte forsitan dixeris, oblationem solam opportuno loco factam; si constet idem esse corpus quod periit ac oblatum est, a periculo sane liberare, non etiam alioquin ab usuris, *l.* 72. *de Solut. l.* 73. §. *f. de V. O.* & *l.* 8. *in pr. de condict. furt.* ubi de furibus id ipsum adfirmatur. (8) Sola tamen oblatio purgat moram, *l.* 73. §. *ult.* & *l.* 91. §. 3. *de V. O.* liberat a pœna conventionali. *l.* 23. §. *ult. de Recept. qui arbitr.* & solvit antichresin. *l.* 11. *C. de usur.* Denique sola oblatio sufficit in re immobili vel difficili ad movendum, facta in judicio Fab. *l.* 8. *C.* & 30. *def.* 40. & 53.

(n) *Pos.* 24. & 26. (o) *Pos.* 25 (p) *Pos.* 30. & 31. (q) *Pos.* 27. 28. & 29. EX

(8) *Si sola oblatio purget moram, uti recte docet Auctor, consequens erit ut etiam sistat cursum usurarum ex mora debitorum, maxime cum cæteros moræ effectus tollat.*

Explicit Lib. Tertius.



EX
LIB. IV.
INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.
TIT. I.
De Obligationibus, quæ ex delicto nascuntur.

I. Continuatio. Quotuplex sit delictum, & qualiter de privatis criminibus agatur. II. Definitio furti explicata, & divisio ejus ratione objecti. III. Divisio furti in manifestum & nec manifestum. IV. Alia quadruplex divisio. V. Pœna furti. VI. Furtum regulariter præter voluntatem Domini committi. VII. Casus ubi volenti Domino fit furtum. VIII. An hominis liberi furtum possit fieri. IX. Furtum in re propria quandoque committi posse. X. Contra quem detur actio furti. XI. Cui detur hæc actio. XII. An commodatario. XIII. An depositario. XIV. De reliquis circa furtum actionibus.

(a) SEcunda obligationis causa est delictum seu maleficium, vel Crimen; sunt enim hæc synonima *l.* 131. *in fin. de V.S.* licet aliquando criminis vox paulo sonet tristius, ut videtur *l.* 2. §. 8. *C. de vet. jur. enucl.* Delictorum, quod ad causam producentem attinet, nulla est divisio; quippe cuncta crimina obligationem ex ipsa Re pariunt, ait Imperator; id est, hoc ipso, quod maleficium est perpetratum, obligatio inde nascitur: nec altius repetenda causa; neque enim hic aut consensus, aut literarum verborumve conceptio usu venit; Aristoteles quidem delicta vocat *συναλλάγματα*, *contractus*, 3. *ad Nicomach. c.* 2. verum *ἀκούσια*, *involuntaria*, consensum ita satis excludens. Res ipsa loquitur, eum, qui alterum contra jus læsit, teneri ad hoc luendum. Porro, delictum est vel privatum pel publicum, *d.l.*2.§.8. Priatum, d e quo illi tantum agunt, ad quos ea es perti net, suntque inprimis quatuor; Furum, rap ina, damnum, atque injuria. Publium est, in quo cuilibet ex populo jus est agendi, & quod ex lege publica descendit, ut inferius *tit. de publ. jud.* habebimus. Tu vide A. Matthæum, *disp.* 1. *de judic. th.* 6. De privatis criminibus agitur aut civiliter aut criminaliter, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt.* civiliter, ad commodum pecuniarium actori applicandum, criminaliter, ad coercitionem corporis vel mulctam fisco applicandam. A. Matth. *d. disp.* 1. *th.* 4. Si quæratur, concursus horum judiciorum electivus sit an cumulativus, hoc est, an post civile judicium de privato delicto adhuc criminaliter agi possit; dicendum, nec in contractibus neque in maleficiis actionibusque inde oriundis unquam faciendum esse, ut idem bis exigatur; nam pœna nihil est aliud quam æstimatio delicti, quæ bis præstari nequit. *l.* 41. *in f. de pœn.* Igitur cum quis civiliter delicti pœnam expetiit, idem criminaliter experiri non potest, nec vice versa; sed alternative procedendum, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt.* adde *l.* 7. §. 1. *de injur.* & inprimis *l.*56. §. 1. *de Furt.* In concursu privati publicique delicti secus esse docet ratio, siquidem ea diversis personis dantur; idemque textus *in l. un. C. Quando civil.*

(a) *Pos.* 1. & *seqq.*

civil. act. crimin. præjudic. * Quod si plura delicta in uno facto sint, tum sine dubio concursus est cumulativus, *l.* 2. *pr.* & §. 1. *de privat. delict.* Quid igitur, quod in *l.* 53. *pr. de O. & A.* habemus, sibi vult? *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti, probatum est.* Necesse dictu est, plura delicta in una re esse illic, *in uno facto plures e delicto actiones*, ut apparet ex verbis sequentibus *dicti pr. Nam*, ait, *si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus, utendum est.* Exemplum, quo hoc illustrare queas, pete sis ex *Pos.* 1 *tit. ff. Arborum furt. cæsar.* (1) Cæterum in his titulis agitur de civili genere actionis.

2. (b) Furtum definitur in §. 1. *Contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.* Ubi genus ponitur *contrectatio*, sine qua furtum non intelligitur: nam qui duntaxat inficiatur, rem ex gr. depositam vel commodatam esse penes se, ille fur needum est, sed tum demum, ubi contrectavit eam atque sepeliuit *l.* 67. *pr. de Furt.* (2) Nam contrectare hic est loco movere & auferre, *l.* 3. §. 18. *de Adquir. vel amitt. poss. l. ult. de Cond. furt. l.* 3. *de Act. rer. amot.* ut ne quidem ingressio in ædes furandi causa facta furtum fit *l.* 21. §. 7. *de Furt.* Contrectatio non facit furem, nisi res domino interversa sit, ut eleganti exemplo docet Alfenus in *l.* 57. *de Furt.* qualis interversio in hoc quoque intelligitur, si quis scripturam alterius lucri faciendi animo deleverit, *l.* 41. §. 1. *ad L. Aquil.* item in usu rei commodatæ vel depositæ. §. 6. *h.* Unde Wissenbachius noster *ff. de Furt. th.* 2. probari putat, contrectationem in definitione Furti non significare amotionem; hoc saltem monstrat, aliquem furti posse teneri sine ablatione, ut susceptores furum rerumque furtivarum, ex *l.* 48. §. 1. *de Furt.* & *l.* 14. *C. eod.* §. 4. *h.* non tamen aliter, quam si facta sit contrectatio *l.* 52. §. 19. *de Furt.* In furto usus, quemadmodum illic furti proprietas minus evidens est, ita quoque ablationem non consistere in amovenda re ipsa, sed interversione usus, ultro liquet: Quo sensu fur solo proposito æstimetur, videsis in *l.* 174. & *l.* 225. *de V. S.*

Dicitur *fraudulosa* contrectatio FURTUM & lucri faciendi animo facta; nam si fiat contumeliæ causa, ut cum alicui pileus vel gladius aufertur, tum non est furtum, sed injuria, *l.* 39. & *l.* 53. *ad L. Aquil.* Theophilus non vertit utramque qualitatem, *fraudulosa & lucri faciendi gratia*, sed priorem duntaxat, κακίστη ψηλάφησις, *pessima contrectatio*, inquit; nihil tamen mutandum; fraudulosa vocatur, generali ratione, quod in omni delicto, extra casum Legis Aquiliæ, dolus requiritur, *l.* 53. *pr. de Furt.* nec tamen ad furis proprietatem fraus quælibet sufficit, sed accedere oportet lucri faciendi scopum, ut modo diximus. Proinde quod *in l.* 27. §. *ult. eod.* is, qui tabulas amovit seu interlevit, furti etiam tenetur, ita accipiendum, ut lucri causam habuerit, alioqui de damno injuria dato tenetur. *d. l.* 41. §. 1. & *l. sequ.* Id vero nihil mutat, quod is, qui saccum habentem pecuniam surripit, furti etiam sacci nomine tenetur, quamvis non fit ei animus sacci surripiendi. *l.* 77. *de Furt.* Equidem non fuit ei hæc mens, ut saccum sine pecunia cleperet, attamen propter nummos etiam saccum voluit. Nihil etiam vetat, cum lucrandi animo aliam concurrere causam, veluti inimicitiæ, *in l.* 50 §. 1. *de Furt.* aut libidinis, *in l.* 82. §. 2. *eod.* nam qui solam habet libidinis causam, fur non est, *l.* 39. *eod.* quanquam & alia istic differentia apparet inter ancillam meretricem & non meretricem.

SCHOLIUM.

D. l. 82. & d. l. 39. *explicui ex professo* ad *Strauch.* XIX. 5. p. 213. & multis seqq. *ostendique, nec hanc conciliationem nec alias communes Dd. quadrare ad mentem JCtorum, sed* reve-

(b) 6. & *seqq.*

(1) *De concursu actionum pœnalium et mixtarum, latius Auctor in fin. tit.* 6. de action. *Confer tamen Joseph. Averan. interpret.* lib. 3. capp. 14. & 15

(2) *Confer Chesii interpret.* lib. 1. cap. 36. *item Averan. interpret.* lib. 1. cap. 28.

* Ex qua lege Doctores inferunt, condictioni furtivæ locum esse, licet fur laqueo punitus sit Richt. p. 2. *decis.* 96. n. 14. Struv. *Jurisprud. For. L.* 3. *tit.* 23. §. 7. Finckelthus. *Obs* 19. Brunnem. *ad l.* 7. *ff. de cond. furt. n.* 8. Sed in Electorali Saxonia secus obtinuit, ubi condictio furtiva tunc demum concedebatur, si fur pœna capitali aut corporis afflictiva non afficeretur, aut ante executionem supplicii in carcere decesserit, vid. Carpz. *p.* 4. *C.* 32. *Def.* 23. & *Prax. Crim. qu.* 80. *n.* 110. *seqq.* Quam sententiam confirmavit *Decis. El.* 86. ubi vid. Philip. *Observ.* 1. Noviori tamen *Mandato Reg. wegen geschw. Execqui ung derer Rauber und Diebe. d.* 1719. *d.* 23. *Jul.* §. *wir. wollen.* heredibus furis laqueo suffocati injunctum, ut læso surreptarum rerum, licet in natura non amplius existant, pretium, idque jurejurando pro re nata indicatum, ex bonis a fure relictis, præstent, simulque inquisitionis expensas, quas vel magistratus, vel pro locorum diversitate, subditi hactenus tulerunt, restituant. conf. Lüd. Menchen. *Dissert. de reo ejusque herede, ex delicto, corporis afflictivam pœnam merente, ad ablati expensarumque restitutionem obligato. Lips. an.* 1723. *hab.*

Digitized by Google

revera dissensum inter Ulpianum & Paulum fuisse.

RESPONSIO.

* *Notas ad Strauchium videat qui habet. Ego si nulla desperatior esset ἀντινομία, parvo redemptum darem honorem Artis.*

N. ADDIT.

Habuit vero Autor notas ad Strauchium cum scriberet responsiones ad scholia positionibus Pandectarum adjecta. Et tamen noluit parvo redemptum dare honorem artis. Quamvis nesciam, an honor Arti auferatur, si quis statuat, dari antinomias in legibus Pauli & Ulpiani, quas nec Autor semper negat. Interim cum illa meditatio nostra de hac antinomia explicationem plurium legum contineat, non alienum a scopo harum additionum novarum esse duxi, si eandem in gratiam eorum, qui notis Strauchii non habent, integram apponam. Sed quia nimis prolixa est, adjici eam curavi ad finem tractatus.

Item si quis in vitæ periculo constitutus, invito domino rem alienam contrectet, ille fur non est, quia non habet animum lucri faciendi, sed vitam conservandi, ideoque ad restituendum id quod interest duntaxat tenetur, *cap.* 3. *X. de Furt.* ubi modice peccare dicitur, nisi restituerit; quo facto prorsus non peccat, ut nequidem jejunii, pœnitentiæ causa damnetur. Eaque est communis Dd. sententia, cujus ratio, recte a tacito generis humani consensu peti videtur, a quo etiam divisio distinctioque dominiorum maxime profecta est; at non adeo peremptorie, ut ad exitium membri ipsius humanæ societatis durare debeat: quia tamen pro certo duntaxat statu indigentiæ hoc jus vigere intelligitur, tali animo fieri debet, ut dein, si facultas dabitur, pretium restituatur. Grot. 2. *de J. B. & P. c.* 2. *n.* 6. Dissent. Voetius *Comment. ad h. t.* §. 1. *n.* 2. (3) Feudistæ & hoc addunt, licere viatori equum suum gramine vicino pascere atque reficere, *l.* 2. *Feud. tit. de pace ten.* §. *ult.* quod de casu necessitatis intellectum æque justum erit ac alterum. Nec qui fruges in agro comeditad satietatem, modo nihil auferat nec falcem immittat, lucrum facit. *Deuteron.* 23. *v. pen. & ult.* nec multo secus Plato de *LL.* 8. Cæterum, qui nummos e re sua a fure vendita redactos ei excussit, is furti tenetur, etsi animus lucri faciendi abesse videatur (*) *l.* 38. §. 2. *de Nox. act. & l.* 47. §. *f. de Furt.*

SCHOLIUM.

(*) *Sed videtur saltem obesse. Adest enim perinde, ac si quis Titio centum thaleros debenti centum thaleros auferat, lucratur enim hic fur ambages, quibus alias in actione fuisset opus.*

RESPONSIO.

Hoc immerito lucrum appelles fraudulentum, quod ambages litium fugitet. Dic potius, in eo lucrum esse, quo[illegible]uniam ex re furtiva redactam auferens, furti actionem & condictionem retinet.

N. ADDIT.

Ego vero non video, cur in præsenti casu istud lucrum non debeat fraudulentum appellari, etiamsi quis eo ambages litium fugitet. Omne enim id fraudulentum est, quod fit illicito modo. Et ambages litium etiam illicito modo fugitare quis potest. Quid si enim quis adversarium in lite eo fine interficiat? Deinde correctio Autoris parum ad rem facit, quia furis actio furti & condictio, quam eum retinere dicit Autor, eliditur per exceptionem aut doli mali aut compensationis pro quantitate nummorum excussorum. Nihil autem interest ipso jure quis actionem non habeat, an ope exceptionis elidatur.

(c) Ratione objecti differentia furti in definitione triplex insinuatur. *Primo* rei ipsius. *Secundo* furtum usus, de quo infra §. 6. *Tertio* furtum possessionis, de quo *in* §. 10. Rei mentio simpliciter fit in definitione furti, non expresso mobilis sit an immobilis, corporalis aut incorporalis; nec quidem rem alienam esse debere exprimitur: At hoc ultimum per se quidem intelligitur, nec enim lucri faciendi fraudandique animus in rebus propriis exercetur. Qualitas vero, *mobilis*, jure meliori exigebatur; nam immobilium rerum non committi furtum certissimi quidem juris est, at non indigni memoratu. §. 7. *sub fin. vers. abolita est enim. Inst. de usucap.* Ita quidem est, sed in definitione necesse non erat omnia subjecti requisita collocari; sufficit talem esse, ut ex ea definiti natura ab aliis omnibus rebus distingui possit; denique vox *contrectatio* non obscure hoc requisitum indicat. Nam contrectare est rem loco movere, ut modo probavimus in hac definitione verbum hoc esse accipiendum.

Nam

(c) *Pos.* 11. *& seqq.*

(a) *Dissentit quoque Henr. De Cocceji in comment. ad Grotium loc. cit. sed sententiam Grotii solidis rationibus probat Hein. in prælect. ad Grotium.*

Digitized by Google

Nam quid aliud est contrectare, quam rem alienam intercipiendi causa amovere, ut loquitur Justinianus *in* §. 4. *h. t.* Ita Brisson. *de V. S. in voce Contrectare.* Sequitur in definitione, *Rei ipsius*, modicæ, ut gallinæ columbæve furtum fieri, diximus *supr. de R. D. ad pos.* 46. non tamen ut criminaliter puniendus sit; præsidis est perpendere, delinquentes publice plectendi an ad jus ordinarium remittendi sint, *l.* 56. §. 1. *de furt. l.* 1. *de fur. baln. l.* 1. §. 1. *& l. ult. de Extraord. crim.* eaque est notissima praxis, æquitate & vigore publicæ disciplinæ ita postulante. (4) Rerum immobilium non posse furtum committi, diximus. Sed hominis liberi furtum memoratur *in* §. 9. *h.* quatenus ex lege Quiritium liberi, sicut servi, in dominio patrum erant, *l.*1. §. 2. *de R. V.* sed agitur in duplum ejus quod interest patris, *d.* §. 9. non liberi corporis, quod inæstimabile est, *l.* 1. §. 5. *de his qui effuder.*

Vel usus ejus; Furtum usus committitur ab eo, qui re deposita vel commodata * suo commodo aliter quam convenit utitur; nisi constet, animum lucri faciendi abesse. §. 6. *&* 7. *h. Possessionisve*; furtum possessionis facit debitor, rem a se oppignoratam creditori surripiens, §. 10. *h.* ubi id furtum rei suæ dicitur; non tamen *qua suæ*, sed quatenus alii jus in ea re comparatum est, creditori scilicet jus possessionis. Etiam debitor, qui hypothecam specialem alii obligatam, licet ipse eam possideat, vendit, furti reus est, *l.* 66. *d. t. de furt.* sed de hoc casu plus dubii est; quia res non eripitur; ideo ad stellionatum refertur in *l.* 3. §. 1. *Stellion.* Non est additum definitioni, *invito domino*; tamen hoc intelligitur; nam volenti non fit furtum, §. 8. *in pr. h.* vel saltem agi non potest furti, l. 46. §. *pen. de Furt.* licet eripiens putet invito fieri, *d. ll.* aliud est, si dominus consenserit, non ut furi indulgeret, sed ut eum deprehenderet. Exemplum vide in *d.* §. 8. quod infra subducetur.

Verba ultima definitionis, *quod jure naturali prohibitum est admittere*; dubium hoc recipiunt, qui furtum, quod est violatio dominii, jure naturæ vetitum esse queat, cum dominia jure gentium demum introducta sint; quasi contradictio sit, dominium statuere juris gentium, & furtum quo dominium violatur, jure naturæ esse vetitum. Responsio certa est; nequaquam sequi, Jus Naturæ de aliqua re præcipit, ergo illa res fuit in primo statu Naturalium rerum. Jus Naturæ cunctas societatis humanæ actiones morali præscripto regit, quamdiu illa durat. Pergam. Grotii verbis *l.* 1. *c.* 1. §. 10. *Sciendum, Jus naturale non de iis tantum agere, quæ citra voluntatem humanam existunt, sed de multis etiam, quæ voluntatis humanæ actum consequuntur. Dominium, quale nunc in usu est, voluntas humana introduxit, at eo introducto, nefas mihi esse id arripere te invito, quod tui est dominii, ipsum indicat Jus naturale.* Non sequitur igitur, Furtum jure naturali est prohibitum & hoc hominibus congenitum est. E. & distinctio dominiorum, simul ac homines nata & fundata est. Confundit, si quis ita loquitur, Naturæ jus cum statu Naturæ. Jus naturæ est dictamen rationis, hoc vetat aliena rapi, quandocunque aliorum sint facta, multoque patet latius quam status ille primus. De furtis apud Ægiptios & Lacedæmonios permissis, vid. Vinn. *h.* & si libet Gell. *lib. XI. c.* 18. Adde sis quod D. Thomasius habet.

S C H O L I U M.

Neganda est veritas illationis; adulterium est Jure naturæ prohibitum, quamvis demum in liberis Adami ejus exemplum existere potuerit. Nec obstat, quod integræ gentes furtum admiserint, ut Lacedæmonii, ut Ægyptii. Præterquam enim quod a negatione obsequii ad negationem obligationis non recte inferatur, tentari posset, an non propter dominium eminens, quod respublica habet in bona subditorum, illæ ablationes permissæ apud Lacedæmonios & Ægyptios a furti infamia liberari queant.

R E S P O N S I O.

Valeat exemplum Adami liberorum. De dominio eminente nimis longe quæsita ratio esse videtur & longioris explicationis.

N. AD-

(4) *Licet rei etiam minimæ furtum fiat, cum tamen ob infamiæ notam gravior sit furti condemnatio, quam ut ob rem minimam obtinere videatur posse, furti actionem eo nomine non esse dandam, sed in factum agendum, recte observat vir Ampliss. Corn. van. Bynckershoek. observat.* lib. 1. cap. 3. *multo minus itaque eo nomine criminaliter puniendus erit, ut latius probat Auctor* n. 5. h. t.

* Nec dubium est, quin hodie adversus eum, qui rem commodatam aut depositam furtive contrectavit, inquisitio suscipi queat; Jus Saxonicum tamen non patitur eos, ad quos res ex contractu vel quasi contractu pervenit, ordinario supplicio affici, sed extraordinariæ saltim & arbitrariæ coercitioni locum relinquit, *a L. R. I.* 2. *art.* 22. *l.* 3. *a* 29. Carpz. *p.* 4. *C.* 41. *Def.* 1. Unde Jure Saxon. Communi Tabularius quoque, qui pecuniam fidei suæ commissam furatus est, non nisi relegatione aut fustigatione punitur, Carpzov. l. c. *def.* 11. Sed in Electorali Saxonia, si summam 20. florenorum furto abstulerit, vel fraudulenter in usus suos converterit, laquei supplicio afficitur *P.* 4. *C. El.* 41. §. *f.* ubi vid. Carpzov. *def.* 9. Moller. *ad eand.* n. 3. *& Semestr. l.* 4. *c.* 2. Schultz. *Syn. Inst. h. t. lit. M.*

Digitized by Google

N. ADDIT.

Omittam etiam, in gratiam Autoris, terminum dominii eminentis, & breviore explicatione rem declaro. Furta illa Lacedæmoniorum & Ægyptiorum erant introducta lege scripta ad utilitatem publicam, ad excitandam nempe vigilantiam dominorum in defendendis & custodiendis rebus suis, & solertiam civium in decipiendis hostibus. Si tales leges fiant in Democratia consensu communi, tum furta illa non fiunt invitis dominis. Si in rep. Monarchica, ideo non erunt furta, quia quod fures ita retinent, aufertur dominis a legislatore in pœnam negligentiæ. Cape exemplum. Si Titius cum Seja sic paciscatur: Donabo tibi hanc supellectilem, si eam jussis ex ædibus meis auferre, ita ut nec ego nec domestici mei sentiant. Sed si deprehendam te, dabis mihi pœnas. Quis dubitet eam ablationem haud esse furtum?

3. (d) Divisio furti est in manifestum & in nec manifestum. * *Prius* dicitur, quando fur cum re furtiva est deprehensus antequam rem tulisset quo destinaverat. Deprehensus autem videtur, cum saltem clamore aut indicio detectus fuit, quamvis non sit apprehensus. Nec manifestum dicitur, quando non est ita deprehensus. §. 3. *h. & l.* 3. §. 2. *& ll. seqq. de Furtis.* Multo magis igitur, si *αὐτοφώρῳ in ipso flagranti facinore, vel in eodem loco*, ubi res surrepta est, fuerit deprehensus §. 3. *h. t.* Justinianus *in d.* §. 3. *h.* furem manifestum ait esse *qui visus vel deprehensus sit*. Sufficitne igitur sola visio? Non sufficere, docet JC. in *l.7.* §. 1. *de Furt.* ideoque nonnulli particulam *vel* conjunctivam, aut saltem exegeticam esse volunt, ut usurpari videtur *in l. pen. C. de pignor. act. l.2. C. de nav. non excus. l.4. C. de V. & R. S. arg. l.* 53. *de V.S.* Theophilus disjunctim vertit, *ἑωσότου ἢ ὀραθῇ ἢ συτχεθῇ, quousque aut visus aut apprehensus sit*; forte sic capienda verba, sufficere visionem, non requiri deprehensionem: at visionem non otiosam, uti cum quis furem videns præ metu non audet mutire; sed talem, quæ cum apprehensionis conatu juncta sit, & clamore accursuque sit contestata; ut recte colligitur ex *d. l.7.* §. 1. *h. t.* qualem exemplo Virgiliano *Cujacius* illustravit.

Nonne ego te vidi Damonis, pessime, caprum
Excipere insidiis, multum latrante Lycisca?
Et cum clamarem, quo nunc se proripit ille?
Tityre, coge pecus. Tu post carecta latebas?

Non potuit igitur simpliciter dicere Cæsar, *deprehensus*, quia deprehensio non est necessaria, nec simpliciter *visus*, quia nec hoc sufficiebat, sed deprehensionem visionemque conjunxit, ut aliquid ex utroque requiri significaret.

4. (e) Est & alia quadruplex divisio *in* §. 4. *h.* nempe Concepti, Oblati, Prohibiti, & non Exhibiti furti: sed hæ species abierunt in desuetudinem, de quibus sufficit videre textum. Non fuerunt hæ, proprie loquendo, furtorum species, sed actiones occasione furti apud veteres Romanos introductæ. Nam actio furti concepti ** dabatur adversus eum, apud quem res furtiva, testibus præsentibus, inventa erat, etsi fur non erat, ut *hic* est scriptum: & ex specie sequenti, quod oblatum furtum dicitur, & priori cohæret, intelligi potest: Nam hæc actio dabatur ei apud quem res in præsentia testium erat deprehensa, adversus eum, qui hoc animo rem obtulerat, ut apud illum alterum potius quam apud se deprehenderetur. Utramque actionem, tam concepti quam oblati, in triplum fuisse conceptam, Gellius auctor est *in lib.* XI. *Noct. Att. cap.* 18. quam tamen ratio non fert, ut de alio, quam qui scivit rem esse furtivam, accipiamus: sane quin is, qui rem furtivam hac mente mihimet obtulit, ut apud me inveniretur, injuriarum quoque teneatur, non est dubitandum, cum mihi *tantum dedecus addere καὶ αἰσχημοσύνην περιτεθῆναι*, voluerit, ut Theophilus. Siquidem actiones furti prohibiti & non exhibiti, quæ in eos, qui rem furtivam quæri prohibuerant vel exhibere noluerant proditæ fuere, ab eodem furto concepto pendebant, sive ab ritu quærendi rem furtivam, qui olim cum lance & licio fieri dicebatur, de quo vid. Alex. ab Alex. 6. *Genial. dier.* X. Turneb. 30. *adverf.* 23.

(d) *Pos.* 18. (e) *Pos.* 19. *& seqq.*

* Hujus divisionis Jure hodierno inprimis in foro Saxonico, nullam amplius rationem haberi, asserit Carpz. *Pr. Crim. quæst.* 78. *n.* 8. & Berlich. *part.* 5. *Concl.* 43. *n.* 61. Philip. *Us. Pr. Inst. L.* 4. *Eclog.* 1. quod admitti potest, quoad criminalem uniusque coercitionem, cum manifesta non severius, quam furta non manifesta coerceantur, alias enim, cum ipsa *Ordinat. Crim. art.* 157. hujus distinctionis usum agnoscat, quoad actionem Civilem utriusque differentia nec apud nos sublata esse videtur, add. Berlich. *d. l. n.* 2.

** Loco illius hodie in ædibus alienis rerum furtivarum perquisitio, *die Haussuchung*, urgentibus indiciis autoritate magistratus suscipi solet, atque is, apud quem res furtiva deprehenditur, pro circumstantiarum ratione in furti suspicionem incidit, *Weichb.* art. 90.

Digitized by Google

23. Vinnium *in commen. ad hunc* §. 4. (5) Hodie, vetustis illis actionibus abolitis, manifestum est, inquit Imp. in *fin.* §. 4. quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperunt & celaverunt, furti nec manifesti actioni sunt obnoxii: sane inquisitio rei furtivæ, ob graves præsumptiones, auctoritate publica ne hodie quidem insusitata est. Vinn. *ad d.* §. 4. *καὶ ταῦτα μὲν ταῦτα*. Vera divisio furti est, quam modo diximus.

5. (f) Pœna furti manifesti quadruplum, sed nec manifesti duplum sancitur. §. 5. *h.* Potest tamen & criminaliter, ut ante dictum, agi. *l. ult. de furt.* An etiam de re modica, veluti de gallina, de ovo, columba surrepta? Sic valde vult Cl. Wissenbach. *disp. ad Inst.* 9. *th.* 2. & *ad Pandect.* 4. *disp.* 29. *th.* 12. laudans D. A. Matthæ. *Comment. ad tit. de Furt. c.* 2. dissentientibus communiter omnibus. (g) Nec mirum; haud enim scio, an quidquam alienius a prudentia juris statui possit, quam de ovo gallinave surrepta extra ordinem criminaliter agi. Scriptum est quidem in *l. ult. de priv. del. & l. ult. de Furt.* posse utroque modo procedi: sed quis sana ratione utens dubitet jus dicentis officio contineri, ut animadvertat, sitne res tanti, ut extraordinaria accusatio admittenda videatur? Probat hoc manifesto *l.* 56. §. 1. *de Furt. l.* 2. *de furib. balnear.* ubi, qui de Furtis minus atrocibus extra ordinem agere volunt, ad jus ordinarium remittuntur; & sub *tit. de extraordinariis criminibus*, *l.* 1. §. 2. tantum de atrocioribus injuriis, in quas graviter animadverti solet, agitur; Atque hoc cum hodierna praxi omni die consentit. Porro, etsi Jure Civili criminaliter de furto agi potest, minime tamen usque ad membri amputationem, quæ plane prohibita est, adsurgit. *Auth. sed novo jure. C. de serv. fugit. Nov.* 134. *c.* 13. Pœna capitalis * furti, nimis atrox esse videtur, ideoque nec civili, nec divino jure *c.* 3. *Exod. c.* 5. *Deut.* probata; tametsi olim pœna furti in servis ultimum fuerit supplicium, præcipitatio scilicet e Saxo Tarpejo; adversus liberos homines, addictio in servitutem ejus cui furtum erat factum. Gell. *lib.* 11. *c.* 16. (6) Hæc utique de simplici furto sic arbitramur: non esse proportionem inter hoc delictum & capitale supplicium aut membri abscissionem.

SCHOLIUM.

Imo satis congruit, modo notes, non quærendam esse proportionem inter pœnam & objectum delicti, sed inter pœnam & delictum ipsum, seu proæresin peccandi.

RESPONSIO.

Atqui delictum & proæresis, ut gravitatem maleficii æstimes, e materia delicti juridice colligi debet, quatenus per eam societas communis læditur. Nulla igitur inde proportionis diversitas.

N. ADDIT.

Etsi gravitas delicti quandoque etiam ex materia seu objecto delicti æstimetur, id tamen non semper fit, nec unice. Id vero quatenus per eam societas communis læditur, *parum congrue dictum est. Nam per objectum seu materiam delicti non læditur societas communis, objectum enim est res innocens, sed per ipsum delictum. Deinde læsio hæc societatis communis, est forma delicti aut effectus, non materia seu objectum. Gravitatem autem delicti non unice æstimari ex objecto, patet vel exemplo pœnarum militarium: somnus vigilum capitalis est &c.*

Locum generalem, an pœnæ juris Mosaici & quatenus augeri possint, de quo disputat Sandius noster, *l.* 5. *tit.* 9. *defin.* 1. heic non attingimus, uti nec reliquas furtorum species eorumque pœnas, de quibus in *lib.* 47. *ff. post titul. de extraordin. criminibus*.

6. Porro furtum non modo fit eripiendo, auferendoque, sed quolibet modo contrectando intervertendoque, ut antea definivimus, præter domini voluntatem. Hinc commodatarius aliter utens re commodata, quam convenerat, fur est; Creditor & depositarius, ullo modo pignore vel deposito utentes, rei sunt furti, *l.* 54. *l.* 56. *de furt. & l.* 7. *C. eod.* ratione non obscura; quod depositarius custodiæ causa fidem gratis obligavit, & creditor securitatis ergo duntaxat acceperit pignus; qui etiam, si rem commodatam pignoratamque aliis utendam dederint, proditum est, eos furti pœnam tene-

(f) *Pos.* 23. & 24. (g) *Pos.* 11.

(5) *Quibus adde Hein. Antiquit Roman.* lib. 4. h. t. *item Abrah. Wieling. in libro singulari* de furto per lancem & licium concepto *Joann. van de Water observat.* lib. 2. cap. 1. & *Joseph. Averan. interpret.* lib. 2 cap. 26.

(6) *Conferri hic merentur Corn. van Bynkershoek observat.* lib. 3. cap. 16. & *Joseph. Averan. interpret.* lib. 2. cap. 25.

* In Saxonia El. pœna furis est laqueus, si furtim contrectatæ rei verum pretium summam 12. thal & 12. grossor. excedit, *Rath. Mandat d.* 1719. §. *Wir. wollen.* Hoc tandem mandato certa s. Ducatorum in Ordin. Crimin. notatorum æstimatio inducta fuit, cum antea in illorum computatione Dicasteria variarent. Laquei pœnam furibus infligendam postea remisit *Rescr. Reg.* d. 1720. *d.* 12. *Apr.* cum fur res furtivas aut illarum pretium restituit, vel alius donandi animo pro eo præstitit. Quod etiam operatur remissio ab eo facta, cui res surreptæ erant, juxta *Rescr. d.* 1720. *d.* 26. *Aug.*

Digitized by Google

tenere, licet gratis eam dederint animusque ita lucri faciendi abesse videatur; etenim pro lucri specie merito habendum est, ex alieno largiri & beneficii debitorem sibi accipere, *d. l.* 54. §. 1. exemplis hoc illustratum vide *in* §. 6. *h. l.* 5. §. 8. *commod. & l.* 40. *de furt.* Gell. *lib.* 7. *c.* 15. & Valer. Max. *l.* 9. *c.* 2. §. *ult.* Quibus locis est, quod verecundiam prisci seculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur; veluti, cum ut fur damnatus est, qui equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus erat: necessaria tamen est limitatio, nisi quatenus hi omnes animum habeant domino ex hac causa satisfaciendi, aut putent eo non invito fieri, quod faciunt, §. 6. & 7. *h. tit.* utcumque in eo fortassis errent; sufficit enim abesse malum consilium. *l.* 46. §. 7. *de furt.* Ita Symmachus *lib.* 7. *epist.* 69. imputat amico suo, ultroque fiduciæ suæ gratiam sperat, quod jumenta commodata demoratus erat.

7. (h) Volenti Domino non fit furtum, tametsi tu animum furandi habeas, *in* §. 8. *h.* vel potius furtum fit, sed actio furti non datur, ut scribit Pomponius in *l.* 46. §. *pen. de furt.* conscientia quidem furis malitiæ obligatur, coramque Deo vere furti reus est, qui rem alienam fraudandi & lucri faciendi animo abstulit; ipsa tamen delicti substantia & quasi corpus, ut ita loquar, non extat, ubi domino volente res contrectata est. Facit huc, quod Cicero *l.* 3. *off.* scribit. *Aliter*, inquit, *leges*, *aliter Philosophi tollunt astutias*: *leges*, *quatenus manu res tenere possunt*, *Philosophi*, *quatenus ratione & intelligentia*. Alioqui theologice crimina mente nos metiri oportere, non est dubitandum, licet actu non adsumpto. *Matth.* 5. *v.* 28. *Rom.* 7. *v.* 7. *Proverb.* 24. *v.* 8. Mœchus est apud Dei tribunal, qui hoc egit, ut alienam matremfam. corrumperet, *d. c. Matth.* 5. Lege tamen Julia nequaquam reus est, quatenus cogitationis pœnam nemo patitur, ait *l.* 18. *de pœn.* Potest tamen fieri, ut ob exquisitam improbitatem, conatus delinquendi puniatur; cujusmodi casus est *in* §. 8. *h. t.* sumptus ex *l.* 20. *C. de furt.* ubi quis etiam reus & furti & servi corrupti fit, tametsi nec invito Domino res fit surrepta servusque frugi manserit. Species hæc est; tu servo meo suaseras uti res meas ad te deferret. Is autem mihi fraudem aperiens, me auctore, quasdam meas res domum tuam deportavit easque ego apud te deprehendi: Neque tamen putandum, hic nudum puniri conatum, cum actus vere adsumptus & exercitus fuerit, etsi alio, ac ipse putabat, effectu. Et quidem hæ actiones una post alteram dantur, quia licet idem sit factum, distincta tamen delicta esse apparet, *d.* §. 8. *h.* bis igitur dupli reus hic condemnatur, furti semel, iterum servi corrupti, quæ in duplum scripta est. *l.* 1. *de serv. corr.*

8. (i) Quid vero est hoc paradoxi, quod in §. 9. habetur, hominis liberi furtum posse fieri? Cum tralatitium sit, hominis liberi nullam posse dari æstimationem, *l.* 1. §. 5. *de his, qui effud. vel dejec. & l.* 3. *Si quadrup. pauper.* scilicet ipse liber homo non potest æstimari, verum id quod interest Patris, qui caruit operis filii, duplicatur, idque a fure præstatur: solus autem pater habet furti actionem ratione patriæ potestatis: mater aliæque personæ nullum habent quam publicum de plagio judicium. *l.* 38. *de Furt. l. ult. C. ad Leg. Fab. de plag.* Referendum hoc est ad antiquum jus patriæ potestatis, quo filius non minus erat in ditione Patris, quam servus sub Domino, ut non modo jus vitæ necisque sed etiam vendendi liberam haberet potestatem, imo etiam ter vendendi, ut diximus *lib.* 1. *tit.* 9. *n.* 2. & probat Rævardus *tract. ad L. XII. tab. c.* 3. (1)

9. (k) Est & alterum *απροσδόκητον*. Nam rei propriæ dicitur fieri posse furtum *in* §. 10. Nihilo enim magis hoc fieri posse videtur, quam ut sibi quis ipse injuriam faciat, qua de re Aristoteles *l.* 5. *Ethic. ad Nicom. c.* 5. ubi, *μοιχεύει δὲ οὐδεὶς τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα, οὐδὲ τοιχωρυχεῖ τὸν ἑαυτοῦ τοῖχον, οὐδὲ κλέπτει τὰ ἑαυτοῦ. Nemo suam ipsius uxorem adulterat, neque suum parietem perfodit, neque res suas furatur.* Facilis est conciliatio; Fit furtum rei propriæ non qua propriæ, sed quatenus alii jus in ea re est constitutum; Veluti, cum debitor creditori rem pignoratam surripit; nam ratione dominii, quod est debitoris, non potest committi furtum; sed possessionis, quæ creditoris est, furtum fit revera. Ergo rectius dicitur furtum in re propria, quam rei propriæ committi. *l.* 12. §. 2. *de furt.* Paul. 3. *sent.* 31. §. 16.

10. (l) Sequitur quando, & quibus actio furti detur; ubi primo notandum, aliquando furti actionem dari ubi furtum non est factum, & contra negari quandoque furti actionem, ubi revera

(h) *Pos.* 16. (i) *Pos.* 13. (k) *Pos.* 15. (l) *Pos.* 25. *& seqq.*

(1) *Confer hic Hein. in not. ad Vinn. ad h. t. §. 9.*

Digitized by Google

revera furtum extat. Prius Exempl. est *in* §. 11. Cujus ope & consilio furtum est factum, * ille fur non est, quia non contrectavit, attamen actione furti tenetur: exempla petantur e textu, ibique Theoph. Verba autem *ope & consilio*, separatim accipiuntur, ita ut alterutrum sufficiat, nisi consilium fuerit in genere duntaxat ac potius hortamentum. *d.* §. 11. *l.* 53. §. *ult. D. de V. S. l.* 50. §. *penult. in pr. & l.* 52. *pr. &* §. 19. *de Furt.* Tim. Fab. *disp. anniv.* 26. *th.* 4. Si dolus abfuerit & per lasciviam contingat aliquem furti causam præbere, in eum prodita est actio in factum prætoria. *d.* §. 11. *& l.* 50. §. *ult. de furt.* Alterum est *in* §. 12. Filiusfam. patri suo ** & servus Domino rem surripientes, faciunt furtum, & tamen furti actione conveniri nequeunt, quia inter patrem & filiumfam. dominosque & servos lis nulla, nedum famosa, verti potest. *l.* 4. *D. de Judiciis*. Ubi exceptio, nisi filiusfam. habeat castrense peculium, *l.* 52. §. 5. *de Furt.* ut tamen existimationi illius parcatur; ideoque verbis temperanda erit actio, ut bonæ fidei mentio fiat, adeoque erit in factum, *l.* 11. §. 1. *de dol. mal.* habentque Pater & Dominus privatæ jus animadversionis. *l.* 17. *de Furt.* Inter conjuges quoque ob honorem matrimonii non esse furti actionem, etsi furtum sibi mutuo facere possint, e tit. ff. *Rerum amotarum.* satis constat. In nostros hodie famulos *** competere actionem furti, non est dubitandum.

11. Datur autem actio furti illis quorum interest ratione custodiæ, licet non sint domini, §. 13 *h.* ἐνλυπεῖ ἡ γενομένη κλοπή, ait Theoph. *quem furtum factum tristitia sive damno afficit.* Hinc pignore surrepto, furti actio datur creditori potius quam debitori, quia creditoris interest duntaxat; tenetur enim debitori ad pignus restituendum; scilicet, si per levem culpam ipsius fuerit surreptum, *l.* 14. §. 12. *de furt.* imo licet culpa ejus absit, ex ratione §. 14. *h. l.* 12. §. *ult. de furt.* quod expediat ei pignori potius incumbere, quam in personam agere; ex quo sequitur, eum furti agere posse, cum & ipse dominus rem surripuit; furti possessionis, inquam, *d.* §. 14. *in fin. h. t.* Sic etiam, si fulloni, de quo vid. *l.* 12. *pr. de furt.* vel sartori res eripiatur, ipsis, non dominis actio competit, modo illi sint solvendo; nam si inopes sint, tunc domini interest, quia pretium rei surreptæ ab illis tum consequi non potest §. 15. *h.* qui enim non habet quod perdat, ejus periculo nihil est, ait JCtus in *l.* 12. *pr. de Furt.* Quin & omnibus rerum conductoribus actio furti competit, modo culpa eorum arguatur, *l.* 14. §. 12. *d. t.* quæ distinctio in fullone non adhibetur, quoniam is custodiam, hoc est levissimam culpam præstet. *d. l.* 12. *in pr.* Cæterum, pœna, quæ a furibus exigitur, cedit his quibus actio datur, *l.* 6. *Locat.* excepto creditore: nam hic quidquid occasione pignoris adeptus est, id restituere debitori aut sibi in solutionem imputare debet. *l.* 22. *de pign. act.* Ratio differentiæ est, quia creditor nullo alio fine pignus habet, quam in securitatem, supra quam nihil inde percipere potest, ac jus nostrum inprimis favorabile est erga debitores respectu pignorum; quatenus in angustiis rerum suarum constituti creduntur, quando res suas pignori supponunt. Diximus autem non temere *in princ.* furti actionem iis dari, quorum intersit ratione *custodiæ*, (sive negligentiæ) quam in re custodienda adhibere debebant; nec

* Jure Saxonico Electorali, qui solum furandi consilium præstitit, arbitrarie punitur, *P.* 2. *C. El.* 40. Phil. *Us. Pr. Instit. Lib.* 4. *Ecl.* 6. *n.* 4. Carpz. *Prax. Crim. qu.* 87. *n.* 6. *n.* 22. *seq.* qui vero consilium & opem, aut opem tantum, in ipso furto adhibuit, (e. g. si scalas fenestris supposuerit, aut in excubiis steterit) ordinaria pœna furum coercetur, si de lucro participaverit. *d. C. El.* ibique Carpzov. *def.* 2. Philipp. *l. c. n.* 7. adde *Land-R.* L. 2. *art.* 13. Ast, qui ante furtum, aut eo commisso demum, operam præstitit, extraordinaria pœna afficitur, Carpzov. *l. c. def.* 3. Hac etiam coercendi sunt receptatores, aut occultatores furum & rerum abreptarum. Ac licet in eos, *die Heeler und Diebes-Wirthe*, in *Mandat. d.* 1719. pœna ordinaria, quamvis nihil participaverint, statuta fuerat, novius tamen *rescriptum d. an.* 1720. *d.* 17. *Sept.* id correxit, atque nominatos receptatores laquei supplicio solum subjecit, cum ex rebus ablatis summa 12. thal. totidemque grossorum ad eos pervenit.

** Constitutio Electoralis Novissima sexta, liberos & parentes ac conjuges, nec capitali, nec corporali pœnæ subjici patitur; sed arbitrariam carceris aut relegationis pœnam iis constituit: unde filium furem carcere, seductorem extraneum relegatione puniri posse, *resp. Fac. Iur. Lips. m. Jul.* 1705. Cognatos autem reliquos usque ad gradum quartam, computationis Civilis, a capitali laquei supplicio quidem, non autem a fustigatione liberat cognatio, si furtum magnum commiserint, *d. Constit.* §. 6. *Also auch.* verb. *innerhalb. des vierten Grads als Bruder*, *Bruders-Kinder.* adde Carpzov. *Prax. Crim. qu.* 82. *n.* 39. Moller. *ad P.* 4. *C. El.* 33. *n.* 5. Quod ad affines quoque in linea ascendentium & descendentium, ut & intra quartum gradum lineæ Collateralis constitutos, applicat Philipp. *l. c. Ecl.* 9. *n.* 9. 10.

*** Unde etiam P. 4. *C. El.* 32. nullam inter eos & alios fures facit differentiam, inprimis cum ab iis peculiaris fides jure desideretur, Carpzov. *ad d. C. Def.* 3. Philipp. *Us. Pr. Inst. L.* 4. *Ecl.* 5. *n.* 6. *seq.* qui tamen id limitat, ac a suspendii pœna famulos ancillasve absolvit, quibus Dominus salarium petentibus denegavit, *d. l. n.* 10. 11. ubi subjicit præjudicium add. Berlich, *P.* 3. *Concl.* 54. *n.* 3. *n.* 49. *seq.* & Carpzov. *l. c. Def.* 2.

Digitized by Google

nec enim putandum est, omnibus quorum interest quovis modo, competere hanc actionem; etenim emptoris interest sane rem emptam adipisci, neque tamen re furrepta furti agere potest, sed venditor, qui ad custodiam adhuc tenetur; petenti equidem cedere debet emptori quas habet actiones, & emolumentum, quod agendo percepit venditor, ei præstabit, quia, ut periculum ad emptorem spectat, ita commodum ad eundem redundare oportet. *l.14. in pr. d. t.* Eadem in cæteris locum habent, quorum periculi tantum respectu interest, veluti in creditore certæ speciei, & muliere ratione dotis. *l.49. eod. tit.* (8) Colonus autem, licet non sit dominus, habet tamen hanc actionem, *d.l.14.§.2.* non est quidem dominus fundi nec fructuum, antequam auferantur; verumtamen ut primum decerpti sunt, ejus esse cœperunt. *l.26.§.1. eod.* Rursus, domino fundi datur actio furti, ut habetur in *l. 60. §. 5. D. Locati*; sed hæc necesse non est pugnare; licet enim dicere, quod utrique competat actio, ac ita scriptum est in *l 82.§.1. eod.* ubi & ratio, quod utriusque intersit.

12. Quod in fullone cæterisque commemoratis obtinet, hoc & in re commodata a veteribus sine scrupulo observatum est; quia commodatarii, qui ad diligentiam exactissimam tenetur, maxime omnium interest, *l. 5. in fin.* cum *2.ll.seqq. D. Comm. l. 14. §. 14. & seqq. de furt.* sed Justinianus in *l. ult. C. de furt.* & in *§.16.h.t.* in hanc summam constituit; Si res commodata surrepta sit, ut optio detur domino rei commodatæ, utrum actione commodati adversus commodatarium, an furti adversus furem velit experiri. * Ratio, cur huic magis detur electio, quam antecedentibus, est, quia commodatum in solius commodatarii gratiam nullo commodantis commodo initur, ideoque ratio volebat, ut saltem hac in parte plus commodanti indulgeretur. Quod si dominus rei alterutram actionem elegerit, deinceps pœnitere non potest, nisi ignoraverit rem esse surreptam. *§. 16. h. l. ult. C. de furt.*

(m) *Pos.* 29. 30. & 31.

13. Depositario de re deposita sibi surrepta nulla datur actio, quia ipse non tenetur de levi culpa, nec proin ad rem domino restituendam, ideoque nihil ipsius interest. *§.17. h.* Quid si culpa lata depositarii res erepta fuerit? Nec quidem habet actionem, quia culpa lata pro dolo habetur, *l. 32. D. deposit.* nemo autem ex dolo suo actionem consequitur. *l.12. §.1. & l.14.§.3. de Furt.*

SCHOLIUM.

Sed verius est, eum furti agere, si culpam quoque repromiserit vel pretium depositionis acceperit, ** per l. 2. §. 24. ff. de vi bon. rapt. *quam bene monet Vinnius* in not. ad §. ult. Inst. de vi bon. rapt. *non recte interpunctum esse, sed legi debere*: Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. Utilius dicendum est &c.

De vi bonorum raptorum iisdem casibus depositarii agere possunt, quod utrumque est *in l.2.§.24. de vi bonor. raptor.* In §. 18. quæritur, an impubes furtum committere possit? Et responsio est, impuberem pubertati proximum capacem doli atque furti esse videri, *l.111. de Reg. Jur. & l. 23. de Furt.* infantes & infantiæ proximos excusari, res ipsa loquitur. *d. §. 18.*

14. (m) Actio furti in duplum & in quadruplum est mere pœnalis, *§. ult. h. §.18. infra de Action.* præter quas duæ actiones rei persecutoriæ dantur. Una est rei vindicatio, qua dominus rem furto surreptam petit a quolibet ejus possessore. *d. §. ult. h. l.9. & l. 23. de R. V.* Altera est condictio furtiva, qua Dominus rem ipsam vel ejus æstimationem petit a fure vel ejus heredibus in solidum, non tantum quatenus res ad illos pervenit. *l.1. & 9. D. de condict. furtiva.* Datur & hæc actio soli domino, *l.1. de condict. furt. §. 14. infra de Action.* imo & creditori, *l.22. pr. de pignor. act.* scilicet incerti condictio, ratione possessionis, ut docetur in *l. 12. §. fin. de condict. furt.* Datur, ut modo diximus, in solidum, etsi forte ad heredes nihil pervenerit, ut diserte traditur in *l.7. §. ult.* &

(8) *Regula aliter traditur a J. C. in* l. 71. in fin. ff. de furt. interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus qui lucrum facturus esset. *Casus ab Auctore adducti huc non pertinent, quia emptor, creditor, ut naturaliter quidem possidebant. Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 13. h. t. n. 3.

* Hanc optionem secundum Jus Saxonicum commodanti non competere, contendit Schneidew. *ad* §. 16. *Inst. h. n.* 2. *arg. des Land-R. l.* 2. *art.* 60. Sed, sicut hunc articulum aliter explicat Schilter. *ad ff. Exerc.* 31. §. 7. ita alii rectius hic nullam inter Jus Civile & Saxonicum agnoscunt differentiam, sed apud nos quoque commodanti relinquunt arbitrium, utrum actione furti adversus furem, an commodati judicio adversus commodatarium experiri velit, *arg. L. R. L.* 2. *art.* 22. & 24. Carpzov. P. 2. *C.* 26. *Def.* 5. *n.* 2. Menck. *ad ff. h. t.* §. 12. ...

** Ita vero non erit contractus depositi regularis, de quo tamen Huberus in præmissis egit. Depositum, quo depositario pretium depositionis aut merces datur, in contractum mandati aut locati degenerat; hic levis culpæ præstationi subjicitur depositarius, cujus interest, *v.* §. 17. *I. h. t.* ergo de re surrepta dabitur ipsi actio.

& l. 9. de condict. furt. tametsi contra disputet Cujac. 7. *observ.* 35. & 13. *observ.* 37. Enimvero ad plerasque leges objectas facilis est responsio; sed quod in *l. 6. §. 4. de act. Rer. amot.* dicitur: heredem mulieris, quæ res viri divortii causa amovit, rerum amotarum actione teneri, sicut heres tenetur condictione furtiva, habet difficultatem quia rerum amotarum actio tantum datur in heredem quatenus pervenit, *l. ult. C. Rer. amot.* cum vere sit ex delicto, licet rei persecutoria, *l. 21. §. 5. D. eod.* quales actiones non dantur in heredem nisi quatenus pervenit *l. 44. de R. J.* Potest quidem excipi, condictionem furtivam non esse ex delicto, sed occasione tantum delicti; pendere quidem ex furto, ut est in *l. 36. de O. & A.* non esse tamen formaliter ex furto, quia tum deberet esse famosa, cum furtum sit delictum inprimis famosum, *l. 5 de his, qui not. infam.* ut accuratius ad §. 14. *infra de Action.* Nec etiam altera deest ratio cur rerum amotarum melior sit actio quam furti condictio in heredem; honos enim matrimonii multa fert in hac actione benigniora, quam in furto vulgari jubet, sed nihilominus illa comparatio in *d. l. 6. §. 4* molesta est, nam si dicas, hactenus dari actionem amotarum & condictionem, quod utraque detur in heredes, discrepare autem in eo, quod altera in solidum, altera in id quod pervenit detur; obstat tum, quod ubi actio plane in heredis negatur, nihilominus in id quod pervenit procedat, *l. 4. & 5. in pr. de Calumniat.* sic frigidissima fuerit comparatio. Nec evades aliter, quam Paulum, posito, amotarum actionem in heredem dari, condictionis obiter meminisse, nec ibi id egisse, ut exacte rem exponeret: Non est sane illa vis eorum verborum, ut Ulpiani sententiam in *d. l. 9. de Condict. furt.* πραγματικῶς expositam evertere queat. Quid si ita, Heres mulieris tenetur *act. rer. amot.* ut ejusdem heres mulieris tenetur condictione, de qua in *l. 3. sitque comparatio non generalis*, sed respecta mulieris duntaxat? Textus quoque restringunt. Nam *l. 3. §. pen. de pecul.* Patrem ait dominumque de furto filii servique teneri condictione, quatenus est locupletior, de herede non loquitur; nec aliud in *l. 3. § ult. de act. Rer. Amot.* Plus coloris est in *l. 9. §. ult.* cum *l. 10. de Tutel. & ration. distrah.* ubi actio furti, injuriæ, damni, condictio, morte tutoris interire dicuntur. Sed prædicatum illud, *morte tutoris intereunt*, necesse non est omnibus convenire præmissis, plerisque congruat, & sufficit, ut sæpe alias; exemplo sit *l. 9. princ. de duob. reis.* ubi, *sed & cæteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento.* Itque in *d. l. 9. in fin.* maxime admittendum, ubi prædicatum in textu sequenti diversoque auctore demum sequitur. Reliqui textus, qui moventur, ut *l. 4. § ult. & ll. seqq. de alienat. jud. mut. caus. l. 49. de O. & A. & l. 52. de R. V.* similesque, nihil aliud habent, quam pro delictis heredes non teneri, nisi quatenus sunt locupletiores, secus ac in contractibus; qua de re infra dicetur. *ad §. 1. de perpet & temp. act.* Cæterum, & hæ actiones rei persecutoriæ concurrunt cumulative cum pœnali, ita ut postquam furti in duplum vel quadruplum est actum, adhuc rei vindicatio vel condictio furtiva institui possit. *§. ult. h. l. 7. §. 1. de condict. furt.* Sed condictio furtiva & rei vindicatio, concurrunt elective. *l. 43. §. 1. de R. J.* Dicitur autem electivus concursus, quando una electa, altera actio consumitur. Regula autem summa de concursu est hæc; quod idem bis peti non debet, *l. 57. de R. J.* quatenus igitur actionum finis diversus est, eatenus cumulantur; quatenus in idem tendunt, consumuntur. *l. 34. §. ult. de Oblig. & action.* Sed hoc capitulum alibi plenius exequendum erit.

TIT. II.

De Vi bonorum raptorum.

I. Quid rapina & de actione inde oriunda. II. De rapina rei propriæ vel quasi propriæ. III. Quibus hæc actio detur.

(a) Rapina est violenta rei mobilis ablatio, fraudandi & lucri faciendi animo facta; & in rebus tantum mobilibus committitur, *l. 1. C. de vi bon. rapt.* ubi, *actio vi bonorum raptorum potius ad mobilia quam ad fundos pertinet*; vocula *potius*, θετικῶς, non comparative accipitur; nam res immobiles non dicuntur rapi, sed invadi, *§. 1. in fin. h. l. 7. C. unde vi.* de quo agitur publico judicio de vi, nec non interdicto de vi & vi armata, ut in

(a) *Pos.* 1. 2.

Dige-

Digestis occurret. vide *l.* 2. §. 1. *h. t.* Actio ex hoc delicto dicitur de vi bonorum raptorum, estque in quadruplum, cui tamen rei persecutio inest, ita ut pœna duntaxat tripli sit, ac ita mitior hæc actio videtur quam furti manifesti: tamen qui in rapina deprehensus est, is etiam furti actione manifesti tenetur; non deprehensus, non manifesti, *l.* 80. §. 3. *de furt. l.* 1. *D. de Vi bonor. raptor.* & raptor insuper judicio publico de vi potest conveniri, *ut infra*. Imperator ipse fatetur *in h. pr.* ridiculum esse, *levioris conditionis eum qui vi rapit haberi, quam qui clam amovet*; est enim raptor fur & quidem tur improbior, *l.* 2. §. 10. *D. h. t. & l* 14. §. 12. *Quod met. c.* servatque etiam hoc Justinianus, quod raptor simpliciter positus iure graviorem habet pœnam; semper enim triplo mulctatur, cum fur plerumque duplo defungi queat; Quando autem uterque est manifestus, uterque in quadruplum tenetur *d. l.* 1. *h. t.* Unde remanet tamen, quod fur deprehensus actione civili gravius plectitur, quam raptor non deprehensus, & quod ambo deprehensi pariter adficiuntur, atque ita in hac hypothesi potest fieri, ut raptor, scilicet non deprehensus, graviori actione teneatur quam fur deprehensus. Ea res hanc habet rationem, quod paterfamilias, qui furem deprehendit in honorem vigilantiæ & strenuitatis largius est habendus; Quod autem ad majorem rapinæ atrocitatem attinet, ea parte Legislator rigori Justitiæ satisfecit publico de vi judicio, ut dictum & dicendum amplius. Enimvero gravius esse delictum furto rapinam, res ipsa & textus modo citati loquuntur; quo enim major societatis communis perturbatio in quoque delicto, tanto illud gravius censetur: tametsi in contractibus aliisque negotiis, in quibus fraudandi animus spectatur, ex eo, quod clam fit, præsumptio deterior colligitur. *l. ult. de rit. nupt. l.* 31. *de Negot. gest. l.* 54. *de administr. & peric. tut.* Tim. Fab. *disp. Anniverf.* 26. *th.* 7. Secus hanc rem accipere videtur Aristoteles, *Rhetor. ad Alex. c.* 12. Δεινότερα μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν λῃζομένων ποιεῖν, οἱ μὲν γὰρ λαθραίως, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα περιαιροῦνται. *Gravius mihi fures quam latrones delinquere videntur; Nam illi clam, hi palam bona nobis auferunt.* At non πολιτικῶς ita Aristoteles, sed est παράδοξον ἐξ ὑπερβολῆς, *exemplum paradoxi ex hyperbole*, qualia Rhetori suo suppeditat in illo capite Philosophus. Unum superest in *d. pr. h. t.* quod hæc actio intra annum datur in quadruplum, post annum in simplum; at hoc inde fit, quia prætoria est actio, qua de re infra *tit. de perpet. & temporal. Action. in pr.* Notandi sunt denique casus duo excepti de Rapina, quorum altero pœna dupli est, cui inest rei persecutio, quando scil. Christianus rem eripuit Judæo, *l.* 6. *C. de pagan.* altero, damnatur Raptor in quadruplum, quod est mera pœna, qui navicularios diripuit. *l.* 5. *C. de Navicul.*

2. (b) Ex verbis, *animo lucri faciendi*, colligitur, si quis rapuerit non animo lucrifaciendi, sed quia putat suam esse rem, vel sibi deberi, eum non esse raptorem nec proinde in quadruplum teneri, *l.* 2. §. 18. *h. t.* sed quia rem mali exempli fecit, *l.* 176. *pr. de R. J.* sibimet ipsi jus dicendo; idcirco, si vere dominus aut creditor est, jus dominii vel crediti amittit. *l.* 13. *D. quod metus causa*. * Si vero putet, se dominum esse, vel rem sibi deberi, non sit tamen, tunc duplo punitur, id est, rem suam restituere ac insuper ejus pretium solvere debet. *l.* 7. *C. unde vi*. Quæritur autem, ipso jure dominium amittatur, an per sententiam; & videtur ipso jure; sic tamen ut sententia opus sit declaratoria, quoties de furto ambigitur. Goth. *d. l.* 13. D. Wissenbach. *disf.* 42. *ad Inst. th.* 6. sed cui adquiritur rei Dominium; Fisco, an adversario? De Fisco nihil sancitum est; manet igitur res suo loco, penes possessorem, in solatium quoque injuriæ quam passus est, per *l. ult. C. de Litigios.* Giphan. *ad l.* 7. *C. unde vi.* Denique notandum, eos demum ab ordinaria raptorum pœna excusari, qui juris errore suas res per vim aliis eripuerunt: quod si bene conscii id sibi non licere, tamen ausi fuerint, dicendum, eos vere esse raptores & actione bonorum raptorum teneri: quod Imperator in §. 1. *h. t.* prudenter monet his verbis, *imprudens juris*

(b) *Pos.* 3. & 4.

* Hanc pœnam, quam D. Marcus *d. l.* 13. *ff. quod met. caus.* introduxit, confirmavit *R. I. de Ann.* 1532. §. 15. & *Ord. Camer Wormat. d. ann.* 1521. *t.* 32. §. 1. In Saxonia tamen eam non obtinere, sed invasorem Parti ad emendam 30. solidorum f. 2. *alter Schoeff.* teneri, & arbitraria pœna a judice multari, *arg.* LR. *lib.* 3. *art.* 43. & 49. & Gloff. *ad Weichb. art.* 29. tuentur Reinhard. *Differ. P.* 4. *diff.* 11. Coler. *P.* 1. *Dec.* 125. *n.* 2. Hartmann. Pistor. *p.* 1. *qu.* 16. *n.* 1. Schultz *Syn. Institut. h. tit. Lit. b.* verb. *de Jure Saxonico.* Carpzov. *P.* 4. *C. Elect.* 31. *Def.* 11. 12. Stryk. *Us. Mod. ff. tit. quod met. caus.* 1. 6. atque ita *resp. Fac. Jur. Lips. m. Jan.* 1709. Mencken. *Tr. Syn. Inst. h. t.* §. 3. dissent. Cœdd.us *Cons.* 64. *n.* 10. Schilter. *ad ff. Exerc.* 11. *th.* 22. *seqq.* Berger. *Resol. Leg. obst. ad L.* 43. *Tit.* 3. *p.* 359. *seqq.* vide Disp. Svevi *de Edicto Divi Marci*.

Digitized by Google

juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus. Ita supplevit Justinianus id quod indistincte scriptum est in *l. 2. §. 18. de vi bon. raptor.*

SCHOLIUM.

Quod si ergo res quidem mea sit, sed sciam autoritate privata eam auferre mihi non licere, vi bonorum raptorum me teneri putat Autor. Mihi videtur contrarium, per l. 2. §. 18. h. t. *Non obst.* d. §. 1. *verb.* & imprudens Juris. *quæ non restringendi causa sunt adjecta, sed quod plerumque hæc imprudentia allegari solent. Faciunt verba*: ne dum talia excogitantur *&c.* Conf. Wissenb. th. 2.

RESPONSIO.

Verba Justiniani pura & πραγματικώτερα mihi visa sunt, quam ut elusoriam rapientium cavillationem duntaxat indicare videantur. Si quis tamen constitutionem, quæ in hoc §. *sequitur, putet esse generalem, cuilibet liberum ejus rei judicium esto.*

N. ADDIT.

Ergo pax inter nos est. Peræprimis cum Autor nihil responderit ad objecta verba: ne dum talia excogitantur *&c.*

3. (c) Datur hæc actio iisdem quibus actio furti competit, iisdemque casibus, §. *ult. in fin. h. t.* scilicet iis, quorum interest, adeoque non tantum illis quorum in bonis, sed etiam quorum ex bonis res est. Dicuntur autem esse ex bonis ea, quorum utilitas, custodia vel periculum ad nos pertinet, ut sunt res locatæ, pignoratæ, commodatæ, usufructuariæ & similes, §. *ult. h. l. 2. §. 22. h.* de quarum rerum periculo suis locis actum fuit. Scilicet, hoc non agitur ut dominium accipiant hi quorum ex bonis res sunt; sed illud solum, quanti interest rem non fuisse ereptam. *d. l. 2. §. 22.* Postremo tria velim notari; I. Cum actione de vi bonorum raptorum, non concurrere cumulative condictionem furtivam, sed elective duntaxat, quatenus huic quadruplo simplum etiam inest. II. Quia condictio prodita est hac causa, non putavit Prætor actionem in heredem raptoris esse porrigendam, ne quidem in id quod ad eum pervenit, vel quatenus locupletior est factus, quod alioqui in omnibus criminibus obtinet. *d. l. 2. §. ult. h. t.* Tertio sciendum, in edicto de vi bonorum raptorum, egisse Prætorem quoque de turba, hoc est de damno coactis hominibus dato *l. 2. & l. 4. in pr. h. t.* qua de re ad *tit. D. de vi bonor. rapt.* dicetur.

TIT. III.

De Lege Aquilia.

I. Quid damnum heic & sententia Cap. 1. legis Aquil. II. Non teneri eum, qui servavit moderamen inculpatæ tutelæ, & quale hoc. III. De præstatione culpæ plenius. IV. Sitne pœnalis hæc actio an rei persecutoria. V. De judicio L. Corneliæ ob cædem hominis. VI. Cap. alterum L. Aquiliæ. VII. De actione legis Aquiliæ.

(a) TErtium delictum privatum est Damnum injuria datum, quod vindicatur lege Aquilia, quæ est proprie Plebiscitum. *l. 1. §. 1. ad Leg. Aquil.* Legis enim commune vocabulum est, ut alias dictum. Damnum generaliter significat omnem patrimonii diminutionem. *l. 3 de damn. inf.* & injuria hic, pro eo quod non fit jure, adeoque etiam pro culpa sumitur. *pr. tit. seq.* At hoc loco strictius de eo quod sine lucro committentis perpetratur DAMNUM intelligitur, re perdita vel corrupta. Legis autem Aquiliæ olim tria fuere capita, sed hodie duo solummodo exstant. Primo cautum est, ut qui servum alienum alienamve pecudem interfecerit, is tantum præstet, quanti servus aut pecus intra annum retro computandum plurimi fuerit, *in pr. & §. 1. h. tit.* ἐν τῷ τῆς ἀναιρέσεως ἐνιαυτῷ, *in anno quo pecus interfectum est*, ait Theoph. Pecudes autem dicuntur quadrupedes quæ gregatim pasci solent, *d. §. 1.* quas inter & sues habendas, probat Cæsar, & Marcianus in *l. 65. §. 4. de Leg. 3.* ex Homero, *Odyss.* 13. Forte sues ita fere apud Græcos, quemadmodum apud nos habitæ fuerunt, magis ut in cœno se volutarent vel in stabulis seorsim cubarent, quam gregatim pascerentur, alioqui Cæsar tam solicite argumenta in hanc rem ex Homero non quæsivisset; Enimvero in vicina Westfalia nihil egent argumentis tam longe petitis, ad probandum sues gregatim pasci.

SCHOLIUM.

Eo magis mirum, hac de re dubitasse Feltman-

(c) *Pos.* 5. *&* 6. (d) *Pos.* 1. 2.

mannum in lib. de inclusione animalium. *cui satisfecimus alibi*.

2. (b) Oportet autem injuria, id est nullo jure cædem esse commissam, seu dolo sive culpa. §. 2. *& seqq. h. tit.* Qui igitur vitæ servandæ causa, moderamine inculpatæ tutelæ adhibito, servum vel pecudem interfecit, is non tenetur. §. 2. *h. l.* 4. *&* l. 45. §. 4. *h. t.* Inculpata autem tutela duobus constat requisitis, *primo*, ut vis corpori nostro illata sit, *l.* 3. *de Justit. secundo*, ut aliter nullo modo periculum evitari potuerit. l. 45. §. 4. *D. h. t.* Dixi, ut *corpori* vis illata sit requiri; non, ut alii, *vitæ*: Nam & pudicitiæ causa tuendæ cædem esse licitam, sanctissima generis humani reputatio & exempla volunt laudatissima.

SCHOLIUM.

Diserte Paulus l. 5. recept. sent. tit. 23. §. 3. Qui latronem cædem sibi inferentem vel alium quemlibet stuprum inferentem (*ita enim lege cum Grotio* de J. B. & P. l. 2. c. 1. §. 7. in notis, *quamvis aliter Cujaciana Paulianarum editio* p. m. 91.) occiderit, puniri non placuit. Alius enim vitam, alius pudorem, publico facinore defendit. *Nec hoc saltem jure civili licitum, sed etiam in foro conscientiæ, propter metum justum consentiendi peccato vel ad momentum titillationis libidinosæ. Aliter Dn. Pufend.* de J. N. lib. 2. c. 5. §. 11.

Igitur ob vim bonis nostris illatam, non videtur esse licitum hominem occidere, nec is qui fugere potuit, occidere autem maluit, omnino liber erit a pœna *arg. L.* 9 *ad L. Cornel. de Sicar.* fugere autem debet is qui invaditur, si absque periculo subducere se potuerit, cum longo satis intervallo abesset, & receptum in propinquo haberet: nam alioqui fugiendo terga proderet inimico seque ineptum ad resistendum redderet; nec aliud. opinor, volunt sibi *Dd.* quando invasum teneri ad fugiendum statuunt; alioqui recte ab illis dissentiret D. Voet. *ad. h. t.* §. 2. *n.* 2. adde de inculpata tutela D. Wissenb. *disp* 5. *ad. inst. th.* 7. *& seqq.* Proinde, qui reputatione qualiscumque ignominiæ periculum effugere dedignatus est, cum facultas daretur, is hac lege sine dubio tenetur: * sufficit enim aliquam vel minimam adfuisse culpam; quin & is, qui in extremo periculo invasorem ferire cupiens, tertium percussit, invitus licet, nihilominus tenetur, *l.* 45. §. 4. *h. t.* hæc utique de lege Aquilia duntaxat intelligimus, nam in lege Cornelia, quæ homicidas ultore ferro persequitur, culpa non incidit in sanctionem *l.* 7. *ad L. Cornel.* ** Sic alioqui non est necesse ut is, qui se defendit, primum ictum expectet; aut paribus armis utatur; sed quando periculum est certum, nihil interest quibus mediis salutem tueamur. *arg. l.* 3. *de Just. & Jur. & l. C. unde vi.* Quod autem dictum, ob vim bonis illatam non esse inculpatam corporis tutelam, id respectu L. Corneliæ atque homicidii intelligitur, non ratione L. Aquiliæ, quatenus defensio absque cæde hominis fieri potest, *arg. d. l.* 9. proinde pecudem rei defendendæ gratia interficere nihil vetat.

(b) *Pos.* 3. *& seqq.*

3. Qui casu fortuito damnum dedit sine culpa, Lege Aquilia non tenetur. §. 3. *h.* Exempla exstant in §. 4. *&* §. 5. ubi quidem casus fortuiti non collocantur, quales alioqui soleat intelligi *θεοῦ βία, vi divina*; cum facta hominum inconsulta in *dd.* versibus memorentur; sed casus intelligantur, quibus nihil culpæ ratione potest imputari: quemadmodum, si quis jaculis se exercens hominem transeuntem vulneraverit; Nam si is intra officii sui morisque soliti limites se continuerit, nihil est quod teneatur; secus si excesserit illos, ut si non fuerit miles, cui jus sit in eo loco se exercendi, vel si miles id alibi instituerit. *d.* §. 4. *l.* 9. §. *ult. h. t.* Idem juris est in sphæristeriis ludisque palmariis, in quibus si cui oculus sit perfossus, aut crus elisum, ut non ita dudum Hagæ Comitis ictu sibi fatali accidit Egregio viro *Gulielmo Hagio* Jcto & Poëtæ nostrati eximio, nulla inde actio damni aut injuriæ datur; modo nihil ab altero commissum omissumve sit, quod more publico in ejusmodi ludis erat observandum. Huc etiam pertinet casus mirabilis in *l.* 11. *h. t.* ubi casus, cum quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerat, & sic servi, quem tonsor radebat, gula fuit præcisa, adjecto cultello; Nam si tonsor in loco sibi consueto raserit hominem, ipse caret culpa; ut & is

* Conf. Edict. Saxon. *De Duellis de a.* 1712. *d.* 2. *Jul.* §. 25. *verb.* ohne es vor *disputirlich* zu achten. *Et prozm. verb.* sondern sich an der ihnen in diesem *Mandat* zu *Reparation* seiner Ehre gesetzten Maß, begnugen lassen solle.

** Jus Saxonicum Commune & Electorale homicidam culposum, quoties tantum relegatione, aut mitiore, non vero pœna corporis afflictiva afficitur, jubet proximis Agnatis aut Cognatis, necem defuncti vindicantibus, præstare Wergeldum. *LR.* l. 3. *art.* 45. *P.* 4. *C. El.* 22. quod masculo occiso multam 20. thalerorum, fœmina occisa 10. thaleror. complectitur. Carpzov. *Prax. Crim. qu.* 34. *n.* 12. *&* 25. *Id. ad. d. C. def.* 3. Richt. *De.*, 2. *n.* 3. Plures autem occisores ad integrum Wergeldum præstandum obstringi, docet idem Carpzov. *ad d. C. def.* 4. & Moller. *ad eand. n.* 7.

Digitized by Google

is qui pila novaculam impressit in gulam, si locus ad lusum fuerit destinatus; alioqui tenebitur. Adde casum non absimilem in *l.* 25. §. *ult. eod. tit.* Sic etiam nulla potest argui culpa lignatoris, qui amputatis ramis transeuntem læserit, quem non præviderat, modo iter aut via non fuerit illac, etenim tali casu proclamare debet. §. 5. *h.l.*31.*D.eod.* Cæterum, culpa præstatur hic omnis, etiam levissima, *d.* §.3. quod secus in aliis delictis, in quibus nemo nisi de dolo tenetur. Ratio differentiæ, quia hic non agitur de pœna corporis aut infamiæ, sed tantum uter damnum ferre debeat: Ratio autem vult, ut potius ille cujus aliqua est culpa ferat damnum, quam ut is, cujus nulla coargui potest, DELICTI reus habeatur.

S c h o l i u m.

Coercet quidem lex Aquilia culpam, sed damnum culpa datum non spectat ad vera delicta. Dixi in Philosoph. jur. §. 145.

R e s p o n s i o.

Non conducit philosophia ad reformationem Artis; sed ad explicationem vel ad Digressiones amœnasque observationes, quo si D. Thomasii Scholium pertinet, bene est; Tu alioqui sic habeto; Damnum Legis Aquiliæ esse verum delictum, quia πραγματικῶς a Juris Auctoribus ita traditum & inculcatum est: nec ratio deest. de qua in loco.

N. A d d i t.

Forte aliter scripsisset Autor, quam ut tanta fiducia asseruisset damnum Legis Aquiliæ in universum ad verum delictum pertinere, si sententiam nostram in allegato loco potuisset inspicere. Ergo nil aliud hic agemus, quam ut istum locum apponamus. Dixeram ibidem §. 142. & 143. *Denique obligationem ex quasi delictis quod attinet, & in horum natura explicanda, Tribonianus Cajum* in l. 5. §. 4. seq. de O. & A. *κατὰ πόδα secutus, magis remotive procedit quam positive*, t. t. Inst. de obl. quæ qs. ex del. nasc. *Interpretes vero & hic in communi conceptu formando parum conveniunt. Mihi videtur res non incommode expediri posse, si dicam, toties obligationem ex qs. delicto (Ergo si forte alia actio ex culpa descendens in Digestis deprehendatur,* in l. 5. de O. & A. & in tit. de obl. quæ qs. ex d. n. *non recensita, & illa orietur ex qs. delicto) oriri, quoties culpa mea aliquod damnum datum; toties ex vero delicto, quoties damnum datum per dolum meum* arg. tot. tit. de obl. quæ qs. ex d. n. d. l. 5. §. 4. seq. de O. & A. *Dico: culpa mea. Non enim sentio cum Dn. Struv.* exerc. 48. th. 8. *distinguente inter culpam propriam & alienam. Ex illa dicit oriri delictum imperfectum; Ex aliena, quæ saltem in alterum redundet, ut is ex culpa præsumpta teneatur, quasi delictum. Nam in Judice imperite judicante adest sane culpa propria. Imo hæc in omnibus quasi delictis obtinet, quamvis forte ita distinguere posses: per culpam meam alicui damnum dari vel immediate, ut si imperite judicem; vel mediante facto alterius illicito sive doloso sive culposo, cujus exemplum in* §. 1. & 3. Inst. de obl. quæ qs. ex d. n. *Illud autem de damno per injuriam dato in specie notandum, quamvis ad vera delicta referatur,* pr. Inst. de obl. quæ ex del. nas. l. 4. ff. de O. & A. *quoniam tamen per eandem actionem legis Aquiliæ damnum non minus ex culpa, quam ex dolo datum coercetur, ideo, si accurate loqui velis, in casibus specialibus, si damnum dolo datum fuerit, actio ex vero delicto oritur, si saltem culpa, ex quasi delicto. Quæ actionis hujus diversa fundamenta, ideo a Triboniano vel JCtis non videntur separata, quia eundem producunt effectum. A vero delicto autem, tanquam potiori, facta denominatio. Quod non mirandum, cum adhuc magis diversa fundamenta non infrequens sit in jure haud separari, sed a potiori nomen accipere, si idem sit eorum effectus, ne scilicet entia præter necessitatem multiplicentur. Nam v.g. actiones ex contractibus venientes tales manent, etiamsi delictum quoque versetur.* l. 49. de O. & A. *Jam judicet lector quænam sententia artem reformet vel explicet convenientius, an mea, an Autoris Philosophia.*

Levissimæ autem culpæ exemplum est *in* §. 8. in iis, qui mularum aut equorum impetum, propter imperitiam aut infirmitatem retinere non potuerunt; sufficit enim ita damnum esse commissum, ut alius id in simili occasione devitare potuisset *d.* §. 8. quæ est descriptio levissimæ culpæ. §. 1. *in fin. Inst. de oblig. quæ quasi ex contract.* Nam imperitia medici (*) male secantis venam aut clystere intestina lædentis aut medicamentum præpostere miscentis, ad levem aut aliquando ad latiorem culpam accedit, ut in §. 7. traditur: Medicus enim ex præcepto Hippocratis μηδὲν εἰκῇ, μηδὲν παρόρων facere debet: satis autem ex illis exemplis patet, non esse tantum Medicos, qui hodie dicuntur, sed & pharmacopolas & chirurgos eo-

(*) Ideoque Jure Saxonico pœna arbitraria carceris, aut relegationis, afficiuntur, quam omnibus iis, quibus commissum est a magistratu, ut decumbentibus, inprimis pestis tempore, victum aut alia necessaria suppeditent, si ægrotos negligant & perire sinant, dictitat *P.* 4. *Const.* 1. §. *f.* add. Philip. *Us. Pr. Inst. lib.* 4. *Ecl.* 16. *n.* 9. *seq.*

Digitized by Google

eorum appellatione contineri; nec enim partitio olim Medicinæ in tres partes erat cognita, sed iidem pharmaca miscebant & præparabant, qui præscribebant & applicabant, *l.7. §. fin. & l.8.h.t.* sed qui suscepta hominis cura medicus, licet re bene hactenus gesta, sine justa causa ejus curationem dereliquit, doli aut sane culpæ latæ non potest excusari, *§.6. h. t. l. 8. eod.* ubi recte additur, si ob id homo perierit; nam si & alias moriendum ei fuerit, hæc actio cessat, imo a desperatis notissimum rectissimumque Hippocratis præceptum est, abstinendam esse medicinam.

4. (c) In *§. 9.* traditur actionem legis Aquiliæ esse ex genere pœnalium, quia potest fieri, ut plus præstetur quam res valuit, cum daretur damnum, neque tamen semper in hypothesi exitum judicii pœnalem esse videmus; nam si res nunquam fuerit pluris, quam fuit, cum perderetur, eventus judicii est rei persecutorius: neque enim hoc pœnale facit judicium, quod is, qui damnum dedit, supra rem tenetur in omne id quod interest; quatenus id certum fuit; hoc enim nihil quam res est, cujus exempla vid. *in h. §. 10. l.21. §.ult.* cum *ll. seqq. h. t.* Etenim quoties actor nihilo plus quam quod abest sibi consequitur, ratio juris vult, actionem esse rei persecutoriam, licet reus luere debeat quod non percepit, *l.35.de O. & A.* qua de re ad *§.1. infra de perpet. & temp. act.* etiam vero illic de ultimis hujus §. verbis; *constat in heredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur*: hoc est, si actio fuisset rei persecutoria, quemadmodum in *d. §. 1.* explicatur. Sed an igitur, si contingat exitum hujus judicii esse rei persecutorium, ut sæpe fit, in heredem actio datur? Minime; nisi ex damno dato locupletior forte sit factus. *l. 23. §. 8. ad L. Aquil.** Sufficit enim generaliter, ut ne in heredem detur; mutatio in hypothesi non infert juris diversitatem; præter quod ex delicto nihilominus datur hæc actio, cujus odium in heredem non transmittitur. Quamvis autem, cum res non fuit pluris quam cum periret, effectus actionis simpliciter fit rei persecutorius, damni tamen autor nihilo secus male mulctatur. Cum enim, ut plerumque res est, nihil ad ipsum utilitatis e delicto pervenerit, non modo tamen ad rei peremptæ pretium, sed etiam ad id quod interest restituendum tenetur, quod exemplis Imperator illustrat in *§. 10. h. l.21. l.22. & 23. eod.* inter quæ de servo herede instituto & occiso, antequam jussu domini adiret hereditatem, id observandum, siquidem servus sit mortuus ante testatorem a quo erat institutus, eo casu non videri ad pretium hereditatis agi posse; Scriptum est enim in textu, *hereditatis amissæ rationem esse habendam*; sed ante obitum testatoris hereditas dici nequit amissa, quia viventis nulla penitus est hereditas. *l. 1. de hered. vel act. vend.* Atque hoc monent DD. quando id quod interest debere, ajunt, esse radicatum certumque, non nimis longe petitum; nec adventitii casus computandi sunt. *l.6. Qui & a quib. manum.* Quod igitur vere amissum est, id debetur atque petendum est; amisisse autem dicimur id, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur. *l. 33. in fin. h. t.* Quantum autem illud sit, in universum æstimari nequit; aliquando tantundem, aliquando nihil, ut habetur in *l.13. de Re Judic.* sane etiam aliquando plus, nam id quod interest in casibus certis ad duplum usque, nec ultra, adscendit, *l. un. C. de sent. quæ pr. eo quod inter.* ubi casus incerti sine præscriptione duplo, secundum id quod revera abest, dicuntur æstimandi. Delicta autem ad casus certos an incertos referenda sint, dubitatur; propius vero est, primum constitutionis partem, quæ magnitudinem æstimationis, licet veræ, limitat & coercet, in delictis cessare, nec ibi quicquam esse rationis, quare non plena veritas ejus quod interest in condemnationem sit deducenda, ut disputat Perez. ad *d. l.un. n. 20.* Wissenbach. *disp. 42. th. 19.* Id vero minus dubii recipit, id quod interest redigi ad æstimationem communem, non ad affectionem singularem, quæ in phantasia hominum consistens nullam recipit æstimationem: qua de re pluribus agitur in *l. 33. D. ad L. Aquil.*

5. (d) Sed quid hoc est, quod de pecude nec non de homine occiso agitur in hac lege pari modo, numquid hoc absurditatis absolvi potest? Tu dic, servum dupliciter considerari. *Primo* ut est in commercio, *rursus* ut est membrum societatis humanæ. *Primo* respectu in hac lege pecudibus comparatur. *l. 2. §.2. h. t. Altero*, cædes servi perinde ac hominis liberi punitur capitali pœna ex *L. Corneliæ. §.11.h.t.* Nam Legis Corneliæ auctor egregie memor con-

(c) *Pos.* 11. & *seqq.* (d) *Pos.* 2.

* Etiam in Saxonia tunc in heredem datur hæc actio, si ex damno ab antecessore dato sit factus locupletior, ceu pron. *F. J. L. m. Maj.* 701. Menck. *Tr. Syn. Inst. h. t. §.* 1.

conditionis humanæ, *l.* 32. *de R. J.* non putavit distinguendum quis homo foret occisus, modo constaret dolo malo cædem esse patratam. *l.* 1. §. 2. *ad L. Cornel.* Qua in re differentia merito posita est in illis Legibus: Nam etsi Aquilius culpam perinde ac dolum animadvertit, quod tantum de pecuniaria diminutione patrimonii agebat; Cornelius tamen, qui ad capitale supplicium adsurgebat, culpam pro dolo non habuit, ne quidem maximam & latam. *l.* 7. *ad L. Cornel. de sicar.* Et hæc judicia L. Aquiliæ atque Corneliæ concurrunt cumulative, ita ut uni per alterum non fiat præjudicium, *l.* 23. §. 9. *h. tit.* * ratione manifesta, quod in diversa tendunt hæc judicia & diversis dantur personis, cum alterum sit privatum, alterum vero publicum judicium. An autem uno libello hæ actiones duæ cumulari possint, alia quæstio fuerit, quam alibi commodius tractabimus. Nota est objectio ex *l.* 4. *de publicis judiciis*, ubi dicitur præjudicium fieri *L. Corneliæ* per L. Aquiliam: Nimirum, quatenus pendet Actio L. Aquiliæ, tantisper enim Lege Cornelia agi non potest, finita autem ea procedi potest ad alteram, rursus evidenti ratione, quod decisio criminis ex Lege Cornelia pendet ex cognitione causæ in actione Legis Aquiliæ; cum factum scil. utrobique sit idem, iisdemque probationibus adstruendum: ut etiam sic merito Lex Aquilia præjudicium facere dicatur L. Corneliæ; quatenus illa viam sternit ad alterum gravius judicium.

6. (e) Caput secundum L. Aquiliæ in usu non est & penitus ignoratur. §. 12. *h.* *l.* 27. §. 4. *h. t.* Sunt qui credunt eo cautum fuisse de intercepta nobis utilitate aliqua, cujus exemplum Cujacius adducit ex Plinio *lib.* 9. *Natur. histor. c.* 59. ubi est de anthia pisce conciliatore aliorum capiendorum & fraude alterius capta. Probabilior est Chifletii conjectura, quam laudat D. Voetius *comment. ad* §. 12. *h. t.* Videri forte an de servo corrupto actum in hoc capite, quod ideo postea sit abrogatum, quia Prætor in edicto de servo corrupto duplum simpliciter est pollicitus, cum in Lege Aquilia duplum non adjudicetur nisi post improbam infitiationem. §. 26. *infr. de Action.* ** Tertio capite cautum est de omni damno, quod præter cædem servi & pecudis datum fuerit, sive pecudes vulnerentur, sive animalia quæ pecudum numero non habentur interfecta sint, sive aliæ res quælibet fractæ, ruptæ, ustæ, scissæ, collisæ, effusæ, corruptæ & quoquo modo peremptæ ac deteriores sint factæ, quæ omnes causæ atque species sub voce *ruptæ*, sensu vocis originali comprehenduntur. §. 13. *h.* & *l.* 27. §. 13 cum *seqq. h. t.* Huc varia pertinent; Sutor puero parum bene facienti quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur, magister hoc capite tenetur. *l.* 5. §. *ult. h. t.* cum *ll. seqq.* Etiam is, qui fructus alienos dissecuit immaturos; nam si maturos, duntaxat impensas amittit. *l.* 27. §. 25. Si naves occursu mutuo sint læsæ, datur actio in reum culpæ; si non liqueat, neuter tenetur, suum quisque fert casum. *l.* 29. §. 4. *h.* Moribus fere contributio fit. Wissenb. *th.* 20. Qui metu incendii latius evagaturi vicinas ædes intercidit, non tenetur, etsi ignis eo non pervenerit, *l.* 49. §. 1. nisi metus haud cordati hominis fuerit *l.* 7. §. 4. *Quod vi aut clam.* & *arg. d. l.* 49. §. 1. *verb. magna vi cogente.* Tutius hæc res magistratibus relinquitur. Casus alios & historias vide sis in *l* 30. §. *pen. l.* 45. §. 3. & *l.* 52. §. 1. & 2. *d. tit.* & toto passim titulo. Etiam vulnus liberi hominis huc pertinet, non ad æstimationem corporis, deformitatis, aut doloris; quo-

(e) *Pos.* 13. & *seqq.*

* Sed P. 4. *C. El.* 12. eum, qui ob homicidium capitis supplicium sustinet, aut pro delicti modo fustigatione, vel manus amputatione coercetur, in expensas litis, aut ad præstationem damni, quod ex defuncti nece liberi, aut proximi ejus cognati, sentiunt, condemnari posse negat. Constitutio hæc 12. novam declarationem sustinuit in *Resb.* Mand. d. 1729. §. *Wir wollen.* cujus verba apponere lubet: *Ingleichen denen Gerichten, was diese oder auch die Unterthanen, nach theils Orten Gebrauch zu Fahrung der* Inquisition, *bey dergleichen so wohl als allen andern* Criminal. *Fallen aufgewendet, ebener massen zu restituiren angehalten, und also die* 12. Constitutio Elect. part. IV. *blosz von demjenigen* Casu *verstanden Werde, und anzunehmen sey, wo beym Todschlagen des Umgebrachten Erben* Actionem Criminalem per modum accusationis *anstellen, welches hingegen auch selbst cessiret, wenn die Sache auf* Denunciation, *oder ex officio von dem Richter durch* Inquisition *tractiret werden* &c. Conf Carpzov. *ad d. C. def.* 1. 2. & 7. ubi addit, nec viduæ ex occisoris bonis alimenta deberi; Ast, qui ob culposum homicidium relegatione tantum coercetur, ab eo etiam in Saxonia expensæ judiciales, præcedente earum liquidatione & moderatione, exigi queunt, *d. C.* ad quam vid. Carpzov. *def.* 3. & 7.

** Conf. Ger. Noodt *ad L. Aquil. Cap.* 13. *p.* 60. qui incognitum hujus capitis tenorem asseverat; Claud. Chiflet. *de Leg. Aquilia*, illud de servo corrupto egisse autumat; Cujacii conjecturam ab Autore adductam, laudat Mornacius *ad l.* 27. §. 4. *ff. ad L. Aquil.* Corn. v. Bynchershoeck *caput secundum L. Aquil.* de dejectis vel effusis egisse, *ex l.* 1. §. 4. *ff. de his, qui eff. vel dej.* concludit, *in Observ. Jur. Rom. L. I. c.* 31.

quoniam hæ sunt affectiones liberi corporis; quod, quæque, non recipit, nec recipiunt æstimationem, sed ratione damni pecuniarii, læso aut interfecti heredibus illati. *l. ult. ff. si quadrup. pauper. fecis. dic.* Statuta tamen Gentium damna liberorum corporum pretio quoque sæpius æstimant, * inter quæ maxime notabilia sunt Hebræorum, recensita a Pufendorffio *de J. N. & G. l. 3. c. 1. §. 8.* ut addit D. Thomasius. Sed ancilla devirginata, datur actio directa Legis Aquiliæ. Quod autem de dolo aut culpa dictum est in capite præcedenti, id hic pro repetito habendum. § 14. Item hic quoque præstatur quanti res plurimi fuit, sed intra mensem, loco anni, quem in capite primo servatum fuisse audivimus. §. 15. *h. tit.* Moribus hodiernis ea particula legis, *quanti res plurimi fuit*, non observatur, sed in verum pretium & id quod interest agendum, Groenew. *ad h. t.* ** quemadmodum de omnibus pœnis legalibus *infra* intelligemus.

7. (f) Actio Legis Aquiliæ est vel directa, vel utilis, vel in factum.

SCHOLIUM.

Hanc actionem in factum, ab actione utili per Tribonianum male separari, ostendi in Philos. jur. §. 149. & ad *Strauch.* XIX. 12. p. 256.

RESPONSIO.

Nos utimur jure Justiniani; Quod an recte se habeat, Digressionum *consideratio est. Sane utiles & in factum actiones aliquando promiscue accipi, mox intelligemus.*

N. ADDIT.

Sed jure Justiniani uti non possumus quod nullum intellectum habet, & crassam Triboniani ignorantiam palpabiliter ostendat. Verum esto & hac de re judicium Lectoris. Apponam saltem loca ad quæ scholium provocat. Ex dissertatione de Philosophia Juris, verba ita se habent §. 146. seqq. *Cum omnis actio sit remedium violentum, nec in civitate ob omnem obligationem naturalem perfectam concedatur actio.* per §. 60. *igitur ne subditi fluctuent, sed casibus emergentibus statim ipsis constet, an ob istam obligationem actio sit prodita nec ne, e re Reip. est, ut ejusmodi prodita sint regulæ, ad quarum normam casus obvenientes judicari possint. Et in republ. quidem Romana, vel facta fuit illa regularum præscriptio immediate per leges civiles, vel (deficiente lege civili, æquitate tamen suadente, ut actio concederetur) mediate per Prætoris officium; qua de causa actiones dividuntur in civiles & prætorias*, §. 3. Inst. de act. *quarum hæ etiam vocantur actiones in factum* l. 11. de præscr. verb. l. 5. §. 1. ne quis eum qui in jus voc. vi exim. l. 3. pr. de eo per quem fact. l. 23. §. 5. l. 52. de R. V. *Sed leges scire non hoc est verba earum nosse, sed vim earum & potestatem.* l. 17. de leg. *Id quod & in legibus, quæ regulas formandarum actionum præscribunt, valet; quapropter sæpissime evenit, ut casus emergens, quamvis non ad verba legis, aut edicti Prætoris accommodari potuerit, ad mentem tamen & sententiam Legislatoris, aut Prætoris quadraverit, atque adeo interpretationem desideraverit Prudentum, vel quandoque etiam (in actionibus scilicet legitimis) ipsius prætoris* d. l. 11. de præscript. verb. *Ex quo nata est distinctio inter actionem directam, quæ ex verbis regulæ oritur* l. 37. de O. & A. l. 47. §. 1. de neg. gest. l. 24. de tut. & rat. distrah. *& utilem, quæ menti & sententiæ regulæ est accommodata* d. l. 37. de O. & A. d. l. 11. de præscript. verb. l. 5. §. pen. de pecun. const. *Et hæc utilis actio vocatur etiam non infrequenter actio in factum*, l. 9. d. l. 11. de P. V. l. 29. §. penult. & l. 53. ad L. Aquil. conf. *Struv.* exerc. 25. th. 23. & exerc. 46. th. 76. *Vides ergo, actionis in factum nomine non solum venire actionem prætoriam, sed & utilem, qui duo significatus nequaquam confundendi sunt. Confudisse vero eos maxime videtur Tribonianus in* §. ult. Inst. de L. Aquil. *tres actiones memorans ex lege Aquilia descendentes, directam, utilem & in factum, & ultimam quidem ab utili satis aperte separans. Non recte & contra Philosophiam JCtorum veterum. Scilicet cum in* l. 7. §. 7. de dol. *Labeonis doctrinam legisset, eum, qui servum meum compeditum misericordia ductus*

(f) *Pos.* 17 *& seqq.*

* Apud Saxones læso, intuitu dolorum corporisve lacerati, debetur Emenda, cujus quantitatem Judex determinat, *a. L. R. l. 2. art. 16. l. 1. a. 41.* Nam licet olim pro vulnere saltim 10. solidi, & rusticis tantum quinquaginta præstarentur, Carpzov. *P. 4. C. 42. d. 14.* Goterus *P. 1. dec. 161. n. 12.* usu tamen contrarium merito obtinuit; adeoque arbitraria mulcta, ob liberum corpus læsum, dictari solet. vid. *P. 4. C. Fl. 41. §. f.* & Carpz. *ibid. def. 16* eund. *Prax Crim. qu. 99. th. 32.* Schilt. *ad ff. Exerc. 19. th. 31 seqq.* Sed nec hanc emendam peti posse, si ex vulnere criminaliter agatur ad pœnam corporis afflictivam, docent Jac. Schultes. *ad Modest.* Pist. *P. 3. quæst. 107. n. 10.* Carpzov. *l. c. def. 24.* j. Schilter. *l. c. th. 63. seqq.*

** Etiam nostris moribus Actio Legis Aquiliæ censetur esse rei persecutoria, ac reus præstat simplicem rei æstimationem, qualis fuit eo tempore, cum damnum dedisset; Struv. *S. J. Civ. Exerc. 14. th. 15.* Brunnem. *ad L. 23. ff. ad L. Aquil. n. 7.* Carpzov. *P. 4. Const. 37. def. 1.* Secus erit, si cum alia actione cumuletur, e. g. ad emendam multamque tendente; Menck. *d. l. §. 10.*

Digitized by Google

ctus solverit ut fugeret, actione in factum teneri, nescio qua pacto evenit, ut actionem hanc in factum ab illa actione separaret, quæ datur, si quis v.g. hominem alienum aut pecus ita incluserit ut fame necaretur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur &c. cum tamen hæc diserte vocetur actio in factum. l. 9. §. 2. ad L. Aquil. l. 29. §. penult. & l. 53. eod. *Igitur si conferas differentiam, quam Tribonianus inter actionem directam, utilem & in factum* d. §. ult. *esse ait, cum legibus Digestorum, apparebit eam esse falsissimam, & ex Triboniani cerebro excogitatam. Nam quæ secundum regulam Triboniani deberent esse actiones utiles, omnes in Pandectis sunt actiones in factum.* vid. l. 7. §. 3. & 6. & l. 9. pr. & §. 3. ff. ad L. Aquil. & alias plures. *Et omnino in damno leg. Aquil. Actionem in factum cum actione utili coincidere, docet* d. l. 11. de P. V. *Miror hunc Triboniani errorem a nullo Commentatorum ad Instituta, quos mihi quidem evolvere licuit, fuisse observatum, imo ab Hubero* ad instit. tit. de lege Aquil. th. 7. *per distinctionem inter actionem in factum civilem, & prætoriam, & forte ab aliis, sed frustra (nam distinctio Huberi non convenit* d. l. 11. de P. V. & l. 7. §. 7. de dolo reliquisque in thesi allegatis) *defensum, cum tamen turbet totam doctrinam de actione directa & utili. Quapropter ut ex Pandectis breviter restituatur actio legis Aquil. duplex, dico, directam esse quæ oritur ex verbis legis Aquil.* l. 2. pr. & l. 27. §. 5. ff. d. t. *recensitis.* l. 7. §. 7. l. 9. pr. §. 1. & l. 11. §. 5. & 7. eod. *eam autem, quæ oritur ex mente & sententia legis, nihil aliud volentis quam ut omne damnum per culpam meam alteri datum resarciatur, quamvis ad verba legis non possit accommodari, esse utilem,* l. 13. ff. eod. *seu quod idem est, in factum.* l. 9. pr. & l. 11. §. 5. eod. *His addideram in notis ad Strauchium* d. p. 256. *Accessit forte alius, qui Tribonianum in hunc errorem perduxit, pravus intellectus* l. 33. §. 1. ad L. Aquil. *ubi Paulus*: In damnis, *inquit*, quæ lege Aquil. non tenentur, in factum datur actio. *Putavit igitur Tribonianus, phrasin hanc*: quæ lege Aquilia non tenentur, *ita intelligendam esse, quasi actio in factum sit de damnis, quæ nec verbis nec sententia legis Aquiliæ contineantur, cum tamen haud dubie loquatur JCtus saltem de illis damnis, quæ non continentur verbis legis Aquiliæ, continentur tamen ejus ratione, ob quæ danda est actio in factum, seu quod idem est, legis Aquiliæ utilis.*

Directa, quæ oritur ex ipsis verbis legis, quæ proprie in eum convenit, qui suo corpore & in corpus damnum dedit: Veluti, quando quis hominem aut pecudem * alienam suis manibus trucidavit. §. *ult in pr. h. t. l. 51. eod. Utilis* Actio est, quæ a verbis L. recedens, per interpretationem & ex mente legis inde deducitur, veluti, cum quis damnum quidem in corpus, at non corpore suo dedit. Exempla sunt in textu; si quis pecudem alienam ita incluserit, ut fame necaretur; aut jumentum sic egerit, ut rumperetur, vel præcipitaretur; exempla plura vide in *l. 7. §. 3. & 6. & l. 9. D. eod. tit.* Eo quoque pertinet, quod de liberi corporis detrimento superius observatum est. In factum Actio est, quæ longius a verbis legis recedit, & remotiori consequentia exinde deducitur. Scil. quando nec corpore nec in corpus damnum est datum, sed alio modo alicui detrimentum est illatum; quo forte & exemplum illud ex Plinio de anthia pisce referri potest. Justinianus *in fin. h. t.* habet exemplum hominis, qui alienum servum misericordia ductus compeditum solvit, quod & in pecudibus fieri potest; Corpus igitur oportet integrum manserit, ut locus sit actioni in factum.

SCHOLIUM.

Corpus oportet integrum manserit, ut locus sit actioni in factum, *inquit Autor: magis, ut puto ad mentem Triboniani in* d. §. ult. *quam ex vero. Nam si periit pecus, utique damnum datum fuit in corpus, etsi non corpore, quorsum & referenda* l. 11. §. 5. h. t. *cujus casus haud dubie a Triboniano ad actionem utilem fuisset relatus.*

RESPONSIO.

Cum heic de damno agatur, oportere hoc in ipsum corpus desinere, per consequentiam plusquam certum est. De ipso actu damni dati hic loquimur, non de eo quod inde sequitur. De cætero vide sis ea quæ mox subjiciemus.

N. ADDIT.

Nullus est sensus Scholii mei, prout hic positum est, quia Autor omisit verba positionis, ad quæ istud observaveram. Nimirum hoc Scholio notare volebam, quod Autor in positione actionis in factum exemplum dederit sequens, si pecudem alienam emisisti a pascuo, vel compedibus solvisti, & periit, *eamque in rem allegaverat* §. ult. h. t.

ad-

* Jure Saxonico si animal voluptuarium occisum, vel æque bonum, vel Wergeldum ejus præstandum est; *Landr.* L. 3. *art.* 47. Pro non voluptuario Wergeldum, S. æstimatio simpliciter debetur, *Ibid. art.* 51. illi vero æstimationi, quam jus Saxonicum commune fecit, ob aucta animalium pretia, non amplius insistitur, sed judicis arbitrio taxa committi solet.

addita lege 11. §. 5. h. t. *Et igitur ostendere volui, istud & periit, non esse ad mentem* d. §. ult. *Jam ergo facile videt Lector responsionem Autoris rem magis implicare quam explicare. Primo enim falsum est, quod dicit, plus quam certum esse, ideo, quia de damno hic agitur, oportere hoc in ipsum corpus desinere per consequentiam. Nam* v. g. *si servum vel pecudem alterius solvas & aufugiant, ut nescias ubi sint, nullum damnum nequidem per consequentiam, in corpus servi vel pecudis datum est. Secundo, prioribus verbis modo relatis, contradicunt sequentia: De ipso actu damni dati hic loquimur, non de eo, quod inde sequitur. Tertio, falsum est quod in exemplo proposito non sit locutus de eo quod inde sequatur: nam istud* & periit, *respicit omnino id quod actum damni dati*, v. g. *emissionem e pascuo, aut solutionem secutum est.*

Atqui in *d. l.* 7. §. 3. & 6. & inprimis in *d. l.* 9. *h. t.* exempla varia actionis in factum referuntur, in quibus damnum in corpus ipsum palpabile datur, etiam de homine necato, quod exemplum §. *ult. h. t.* ad actionem utilem refertur, & tamen in *d. l.* §. 2. actionem in factum parere dicitur. Scilicet, in factum actiones aliæ civiles, aliæ sunt prætoriæ. Nam generaliter in factum actiones dicuntur, quæ cum certo nomine legisque principio careant, secundum æquitatem *facti* ipsius pariunt actionem, interpretatione JCtorum aut extensione Prætoris, *l.* 11. *de Præscr. verb.* JCti verecundius & quam proxime ad verba Legum: Prætores, qui publicam juris statuendi potestatem habebant, audacius & longius ab stylo scriptoque Legum. Utræque actiones ad utilitatem civium ususque forensis constituuntur. *d. l.* 11. Sed quas JCti tradunt, hæ κατ' ἐξοχὴν utiles; Prætoriæ magis in factum appellantur, licet utræque & utiles & in factum sint: hinc patet conciliatio, quod modo utiles, modo in factum actiones, exiguo vel nullo discrimine vocantur. Et hæc quidem differentia actionum directarum & utilium, toto jure insignem habet usum; ut directæ sint, inquam, quæ ex verbis legum & propria cujusque negotii natura veniunt; utiles, quæ ob affinitatem, rationesque, paritatem JCtorum interpretatione ad agendi facultatem productæ sunt: Quid actiones in factum differant a præscriptis verbis actionibus, *alibi* trademus.

TIT. IV.

De injuriis.

I. Definitio injuriæ ejusque exegesis. II. Divisio, & quæ realis. III. Quæ verbalis. IV. Quatenus per alios actio injuriarum nascitur. V. pœna injuriæ. VI. Quæ fuit injuriæ pœna ex L. XII. Tab. VII. Qualem pœnam Prætores introduxerint. VIII. Quæ actiones aliæ de injuriis dentur. IX. De modis quibus tollitur injuriarum actio, ubi de dissimulatione & remissione. X. Cæteri modi quibus hæc actio tollitur.

(a) DE vocabulo injuriæ agit ἀκριβῶς. in hoc *pr.* Imperator, non sane pro consuetudine sua. *Generaliter*, inquit, *injuria dicitur omne quod non jure fit*; atque ita tres iterum significationes diversas comprehendit: Nam ut ὕστερον πρότερον eas exsequamur, omnis *iniquitas & injustitia* dicitur injuria, πᾶσα ἀνομία καὶ ἀδικία: quanquam ut hæc significatio differat a generali, parum video, nisi limites eam, quatenus adversus alium committitur, quo sane exemplum a Cæsare memoratum, de judice, qui contra aliquem injuste pronunciat, pertinet; cui minime obstat, quod Prætor etiam cum inique decernit, jus reddere dicitur, *l. pen. de Just. & Jur.* hoc enim ad effectum rei judicatæ, quæ jus victori tribuit, non ad injuriam judicantis tollendam pertinet. Altera significatio est, qua culpam notat injuria, licet dolus absit; ἀδίκημα, vel potius ἁμάρτημα, veluti in Lege Aquilia damnum injuria datum accipitur. Postremo contumelia, quæ a contemnendo dicta est, vocabulo injuriæ exprimitur. *d. pr. h. t.* Et in hoc sensu verissimum est, quod Ulpianus in *l.* 1. §. 3. *in fin. de Injur.* scribit ex Aristot. *lib.* 5. *Ethic. c.* 11. volenti non fieri injuriam; nihil obstantibus quæ contra moventur a D. Wissenbachio *disp.* 43. *ad Instit. th.* 3. Equidem si injuriæ vocabulum de quavis ἀνομίᾳ καὶ ἀδικίᾳ sumatur, non est dubitandum, quin æstimatio injuriæ non pendeat ex voluntate patientis, sed ex regulis justitiæ sit metienda. Aristot. autem, quan-

(a) *Pal.* 1. & *seqq.*

Digitized by Google

quando ita dixit; *ἀδικεῖται δ' οὐδεὶς ἑκών*, *nemo sponte injuriam patitur*, id respectu patientis & juris quod ei sit comparatum, loquitur, non de eo quod in se bonum atque justum sit. Jam in posteriore sensu, quando injuria exponitur per contumeliam, definimus eam, quod sit; *Delictum in contumeliam alterius dolo malo admissum*. Alii distinguunt injuriam a contumelia. Sic Augustinus *Confess.* 3. *c.* 8. Sive per contumeliam, inquit, sive per injuriam Seneca explicatius *lib. in sapientem non cadere injur. cap.* 10. *Contumelia est minor*, inquit, *injuria*, *quam queri magis quam exequi possumus, quam Leges quoque nulla dignam vindicta putaverunt: Hunc affectum contrahit humilitas animi, contrahentis se ob factum dictumque inhonorificum &c.* cujusmodi exemplum dein refert Senatoris, qui a Corbulone in senatu appellatus contemptim struthiocamelus, lacrymis fleverat. Sed JCti inter contumeliam & injuriam contemnendi causa factam, non distinguunt, *l.* 5. §. 1. *ad L. Aquil. l.* 27. §. 4. *de pact.* ubi, *injuriarum actio nascitur ex contumelia.* Dictum est in definitione, *dolo malo* admissum, quia non censetur admissa injuria, nisi animus adsit malitiosus & injuriosus; nam sicut furtum & rapina, sic etiam injuria ex affectu facientis æstimatur, *l.* 3. §. 1. *h. t. Dolo malo*, non quovis, sed cum animo injuriæ faciendæ; nam si astrologus aut illicitæ divinationis magister ex arte licet nefaria consultus, aliquem furem esse, qui non erat, dixerit, injuriarum non tenetur, aliter puniendus *l.* 15. §. 13. *h. t.* Magistratus potestate sua abutentes in contumeliam aliorum, non sunt liberi ab hac actione, sed tantum, si quid Reip. causa secundum bonos mores fecerint, *l.* 32. *& seq. h. t.* Cæterum a parte patientis, animi consilium aut conscientia non requiritur; siquidem furiosi &. infantes injuriam quoque patiuntur, *l.* 3. §. 1. *&* 2. *h. t.* Etiam recte agit injuriarum, qui læsus est a te, cum tu alium esse putares; si respectu alterius istius etiam fuisset injuria; Quod si persona, quam se lædere putabat, fuerit talis, ut in eam non cecidisset injuriæ reputatio, tum quoque in ipso læso non videtur esse injuria, ut si tuum servum verberare credens, hominem liberum percusseris, *l.* 3. §. 4. *h. t.* Quoties autem dicta vel facta sunt ejusmodi, ut ex eorum proprietate institutoque hominum, præ se ferant injuriæ interpretationem, tunc etiam adversus reum præsumptio in deterius colligitur, ipsique probatio incumbit, *l.* 5. *C. h. t. & l.* 1. *C. ad L. Cornel. de Sicar.* ni saltem ex circumstantiis probabilibus verisimile fiat, jocandi animo fuisse factum, dictum; modo non sint asperæ facetiæ, quarum in altitudinem residere solet memoria, de quibus Tacitus 15. *ann. c.* 68. De jocis innoxiis haud dubie nemo tenetur *d. l.* 3. §. 3. Potest etiam fieri ut juramento purgationis, quod dicitur vulgo, sit locus, quæ res ab Judicis arbitratu pendet. Denique, si quis per injuriam provocatus in continenti injuriam retorserit, * is doli quoque expers, magisque pudorem suum purgasse quam alteri insultasse videtur, l. 25. *de Procurat.* eoque pertinet quod in *l.* 14. §. 6. *de bon. libert.* est scriptum; Ignoscendum esse ei qui se voluerit ulcisci provocatus: Interim est alia quæstio, satius ex ratione & Lege Christi agat, qui injuriam retorquere quam pati mavult; sæpe enim aliud judicis officium, aliud privati litigantis conscientiam dictare, mox in hoc ipso capite ex occasione videbimus, atque ita nos nihil morantur, quæ D. Wissenbach. contra istam sententiam refert *disp.* 4. *ad Instit. th.* 4 *&* 5. vid. tamen Tuldenum *ad tit. C. de injur. n.* 4.

SCHOLIUM.

Quæritur nimirum, an retorsionem salva conscientia adhibere possim: quæ quæstio uti inter JCtos & Theologos hodiernos ventilatur, ita sententiam meam dedi ad Strauch. XIX. 15. pag. 261. *Autor eos, qui putant non salva conscientia eam*

* Hanc injurias verbales in injuriantem rejiciendi licentiam, confirmavit *Dec. El.* 85. sive fiat (1) verbis, sive scriptis. *d. Dec.* verb. *mundlich oder schrifftlich. in Busem schieben und* retorquiren; sive (2) ab ipso injuriato, sive per Notarium & testes retorsio insinuetur; Philipp. *ad d. Dec.* 85. *Obs.* 4. *n.* 18. *seq.* dummodo is, qui hoc remedio uti cupit, id faciat (a) in continenti, non ex intervallo, *auf unverwandtem Fusz, und so bald er es vernimmt oder erfahret, dasz er in seinem abwesen geschmahet sey* Carpzov. *P.* 4. *C. El.* 47. *def.* 11. *n.* 4. Id. *Pr. Cr. Qu.* 97. *n.* 25. Struv. *de Vind. priv. c.* 10. *aph.* 9. & 11. Berlich. *p.* 3. *concl.* 19. *n.* 51. (b) proportionate, nec retorsionis excedat terminos, unde dicta Decisio Electoralis permittit retorquentem uti formula: *Dasz* N. N. *als ein redlicher Mann die Wahrheit gesparet, und hingegen die Unwahrheit gebraucht habe.* Item: *Er hielt ihn so lange selbst vor einen solchen Menschen, wofur er ihn ausgegeben, bis er es ihm bewiese* conf. Struv. *l. c. aph.* 10. Richt. *Vol* 2. *decis.* 92. *n.* 18. Carpz. *Prax. Crim. qu.* 97. *n.* 26. *seq.* Retorsio autem retorsionis *d. Dec.* prohibetur, *j.* Philip. *ad eand. Dec.* 4. Richter. *l. c. n.* 19. nec in injuriis realibus locum habet retorsio, aut contra libellum famosum, Carpzov. *p.* 4. *C.* 44. *Def.* 7. Jure Saxonico noviori remedium retorsionis prorsus sublatum est, cujus rationes ipse Legislator *in Edict. d. Duell.* §. 22. ita reddit: *Als wollen wir. &c. das sonst auf gewisse Masse in der* 85. *neuen* Decision *verstattete Mittel der* Retorsion, *welches insgemein mit vielen* Excessen *begleitet ist, und nur zu mehreren Verbitterung, auch neuen Klagen Anlas giebt, nicht minder der Autoritat, und dem* Officio Judicis *selbst entgegen stehet, auch mit denen Regeln des Christenthums nicht wol ubereinstimmet, gantzlich aufgehoben haben.*

Digitized by Google

eam adhiberi, sibi & legibus non contradicere ait, quod leges saltem de extrinseca impunitate, non de justitia intrinseca loquantur; Et recte quidem, nisi quod de lege Christi immiscet, flosculus sit alterius doctrinæ, quem non agnoscimus, utpote quibus firmiter persuasum est Christum non fuisse novum Legislatorem.

RESPONSIO.

Nos æque tenemus Christum non fuisse novum legis conditorem; nec tamen ideo dubitamus, quin ipsi Apostolisque ejus injuriarum retorsio displicuerit, ut satis diserte exponunt Matth. V. ℣.39. & 44. Rom. XII. ℣.14. 1. Petr. III. ℣.9. *Quo tamen præcepto non tollitur vetus talio Mosaica; Sed abusio ejus in privatis offensionibus coercetur. Videndum, ne nos reos faciamus Evangelii ad morem seculi potius quam ad Christi domini mentem trahendi.*

N. ADDIT.

Imo vero videndum, ne Evangelio abutamur ad tollendam Politiam & inde extruamus leges certas, forum certum, nomine internum & spirituale, re ipsa seculare & externum. Ista enim methodus pertinet ad arcana Papismi. Non miscendum officium Doctoris & Imperantis. Hic multa tolerat, quæ abolenda esse illi docent (1).

Similis est eorum ratio, qui ad reprobandos testes contra se productos aliquid objecerint, quod forsitan probare nequeant; siquidem non offendendi lædendique, sed defendendi sui causa id objectasse credendus est, ut tamen nimis aperta falsitas atque calumnia neutiquam impunita maneat. vid. Gail. *l.2. Observat.*100. *l.12. h. t. l.* 44. *de jure fisci.* Covarruv. 1. *var. resolut.* 11. *n.*6. Dissent. Tulden. *ad tit. C. de inj. n.* 3. Quid si per ebrietatem * iraeque ** nimium calorem dictum aliquid factumve sit contumeliose? Tuldenus eodem loco inter facta dictaque distinguit; ut illa non excusentur ebrietate irave subita, secus in dictis, modo statim fiat revocatio; quod equidem de hodierna παλινῳδίας pœna concesserim, de mulcta pecuniaria nequaquam, nisi tales circumstantiæ sint, quibus alioqui ebrietas aut calor stomachi a pœna debitorem liberet; ut tamen hoc verum sit, facilius illa vitia in levioribus excusare quam in gravioribus *arg. l.* 11. *de in jus voc. l.*11. §.2. *de pœn.* Quid si verum crimen objectum sit? Dicendum, si per iram & rixam objiciatur, locum esse huic actioni, nisi insigniter Reipubl. intersit illud crimen detegi, aut aliæ boni moris circumstantiæ objectam injuriam probent vel absolvant. *l.* 18. *de injur.* Tulden. *Cod. h. t. n.* 6. Plures in utramque partem hujus sententiæ auctores, vide apud Sandium *l.*5. *tit.* 8. *decis.* 9. adde D. A. Matth. *Comm. de crimin. pag. prim. edit.* 117. *& seqq.*

2. (b) Dividitur injuria a modo quo infertur, in realem, verbalem & quæ literis fit. Realis est, cum quis verberibus aut alio quovis facto vel gestu indigne afficitur, maxime quando manus inferuntur, veluti cum *quis pugno pulsatus aut fustibus cæsus vel etiam verberatus* erit. §. 1. *h.* Verberare & pulsare differunt in L. Cornelia, quod pulsare sit absque dolore, verberare est cum dolore cædere, *l.* 5. §. 1. *de injur.* quanquam sæpius hæc vocabula confunduntur. *l.* 4. §. 13. *de vi bonor. raptor.* At in hoc §.1. verberandi vox diverso adhuc sensu ponitur; etenim τὸ fustibus cædere fit etiam cum dolore; Theophilus illa tria Justiniani sic reddidit, ὁπότε τις πὺξ, ἢ ῥάβδοις ἢ ἱμᾶσι τυπτηθῇ *quando quis pugno, aut virgis sive fustibus, aut loris fuit cæsus*, ut tum verberare significet flagris cædere, quod erat maxime servile, unde servilia verbera. *l.*7. *de pœn.* Sæpe fit etiam realis injuria sine manuum illatione, veluti, cum quis bona alicujus quasi debitoris, qui nihil debebat, possedit; si quis patremfamilias aut prætextatum prætextatamve,

(b) *Pos.* 10.

(1) *Non admodum civilis est hæc* N. Christ. Thomasii additio *Fatendum officium doctoris & imperantis miscendum non esse, nec a judice puniendum, qui per injuriam provocatus, in continenti eam retorsit, sed alia plane est quæstio, uti Auctor ait, an retorsionem salva conscientia adhibere possit, multa sunt quæ conscientia dictat, nec tamen in foro externo urgeri possunt. Quid, nonne & virtutes & intentio agentis ad forum conscientiæ pertinent? Quin & ipse D. Paulus, doctorem agens, pœnam comminatur avaris & ebriosis* 1. ad Corinth. cap. 6. v. 10. *quos tamen nemo dixerit in foro externo puniri. Si hæc sint, quæ Thomasius vult, ad arcana Papismi pertinere, utique dicendum, hæc arcana doctrinæ & exempla Christi Domini exacte convenire.*

* Ebrietatem injuriam quandoque tollere, quandoque minuere, etiam Saxonici JCti statuunt, vid. Carpzov. *p.* 4. *C.*12. *D.* 10. Aliud autem sentiendum in Electorali Saxonia videtur, postquam Potentiss. Rex novissimo Mandato cavit. ebrietatem in his delictis ne quidem ad mitigandam pœnam delinquenti prodesse debere, vid. *das erneuerte und geschärffte Mandat wieder die Selbst Rache, Friedens Stöhrungen und Duelle*, d. an. 1712. præfat. verb. *insonderheit vor Vollsauffen, als welches, wie es an sich selbst sündlich, also in keinen verbrechen zu linderung der Straffe dienen, sonderen allenthalben, als ob es vorsetzlich geschehe, angenommen und bestraffet werden soll.*

** Adde dictum Mandat. Potent. Regis nostri §. 12. ex quo apparet, eum, qui reali injuria ab altero affectus (*mit Hand oder Faust. Schlagen*) alterum in continenti scutica aut baculo percussit, aut vulneravit, mitius quidem, quam alias, coerceri, per tres menses tamen in carcere detinendum esse; Deprecatio quoque hoc casu cessat.

Digitized by Google

ve, id est puerum puellamve, a togis prætextis ita dictas, adsectatus fuerit impudicitiæ causa, *d.* §. 1. *h.* si quis alium vexandi causa in jus vocet, *l.* 13. §. 3. *h. t.* si quis in invidiam alterius veste lugubri utatur aut squalida, vel si barbam demittat capillosve submittat. *l.* 15. §. 27. *eod.* Quæ res ad notissimum morem veterum spectat, quo non modo rei criminis, sed & omnes sanguine vel affinitate propinqui, miserationis captandæ gratia, vestem sordidam induere, barbam alere, capillum submittere solebant, ut locis auctorum adductis ad *d.* §. 27. probat Gothofredus; adde *l.* 39. *eod. tit.* ubi modus huic rei statuitur. Si quis igitur tali habitu sordidatus in publicum prodierit, quasi alterius periculum lugens, cum is non esset reus, hic merito injuriæ accusabatur. Seneca 10. *declam.* 1. *Sordidatus es, non queror, sed si sordes tuæ invidiam mihi concitant, queror.*

3. Sequitur verbalis injuria, quæ fit convicio, hoc est *ἡνίκα τις ἐν ἐπιστήμῳ τόπῳ τῆς πόλεως ὕβριν ἐπαγάγῃ μοι, ὥστε καὶ ὄχλον ἐντεῦθεν συναχθῆναι*, *quando quis in celebri loco civitatis injuriam mihi infert, ita ut concursus inde fiat hominum*, Teoph. *h.* convicium enim quasi convocium appellatur. *l.* 15. §. 4. *h. t.* Quicquid igitur in cœtu dicitur, id est convicium, reliqua non proprie convicia, sed maledicta, vel infamandi causa dicta intelliguntur. *d. l.* 15. §. 11. & 12. Actio autem injuriarum sine dubio de omni dicto, contra bonos mores in alicujus infamiam & invidiam sparso, datur, *d. l.* §. 2. §. 5. & §. 25. ita nempe, si rumor inde publicus oriatur; nam secreta obtrectatio, non est actioni injuriæ obnoxia, quia nulla tribunalia hisce querelis sufficerent exequendis, ut monet Tulden. ad *d. tit. Cod. n.* 9. Quanquam autem in interpretanda injuria non est necesse constantiam requirere Philosophicam, qualem Seneca describit in memorato libello, *cui titulus, Sapienti injuriam non fieri*; tamen nec gravitatem judicis decet mollibus indulgere affectibus, strepituque inani ob muliebria convicia Prætoris aures verberari. Non facile igitur dabit actionem Judex ob id quod quis sibi corporis, aut fortunæ vitium, veluti claudicationem, vel paupertatem objecit, nisi quid secus ex personarum actionumque circumstantiis videatur. *arg. d. l.* 15. §. 25. & *seqq.* Tulden. *d. t. n.* 7. Nam si mores hominum adeo sint alicubi perversi, ut, salvo pudore, talia inulta ferre non liceat, Prætor, cujus officium est rixarum cohibere causas, etiam ad hosce casus actionem extendet; forte etiam ad eum, si quis alteri *tu mentiris* dixerit; Imo, ut Corasius censet ad *L.* 13. *de servit.* ob verba: *tu verum non dicis*; quemadmodum sane Argentorati me præsente accidit, ut ægre ferrent Germani atque ad duellum sese erumperent, eo quod dictum erat: *verum non dicis*; iidem tamen pati se posse ferebant dicentem sibi, *hoc est falsum*; Nec privati tantum, sed & publice ita ineptiunt. Heidelbergæ cum agerem, citatus fuit Noribergam, ad summos rei metallariæ artificum Præsides, socius ejus artificii, hospitis mei contubernalis, ut causam diceret non vindicati convicii trivialis, quo alius se illum adfecisse jactabat, & quidem ille, se non posse, quin molestissimum iter susciperet, affirmabat; ni infamis, nec tolerandus in ullo cœtu honesto haberi mallet. Habet hæc gens gravissima ex *κακοζηλίᾳ* Gallorum, quorum hæc est vanitas, ut ob ineptias atrociter sæviant; quando & ipse Franciscus Rex I. in conventu celebri Principum dixisse legitur, non esse virum honestum, qui mendacium sibi objectum non vindicaret armis, haud obscure perstringens Carolum V. cui ipse aliquandudum mendacii probrum objecerat, teste Bodino *lib.* 4. *de Republ. c.* 4. Sic igitur verbis fit injuria, *d. l.* 15. §. 2. & *l.* 5. *C. eod. tit.*

Literis, cum libellus vel scriptura spargitur in alicujus infamiam, *l.* 5. §. 9. *h. t.* ubi, *si quis librum*, ait textus, *ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine*, aut etiam nomine adjecto; * nec enim excusatur crimen impudentia & audacia. Tulden. *ad tit. C. de famos. libell. n.* 1.

4. (c) Actio injuriarum non modo immediate, sed & mediate per eos, qui in potestate vel defensione nostra sunt, per liberos & uxores adquiritur, ita ut singulis actio seorsim competat, *l.* 1. §. *ult. h. tit.* §. 2. *h.* etiam moribus nostris, nec unius actio per alterius actionem consumitur, sine periculo, ne offendatur regula, idem bis ne petatur, cum heic singulæ personæ de injuria sibimet aut mediate aut directe

(c) *Pos.* 11. 12. & 13.

* Apud nos pœnam libelli famosi non incurrit, qui nomen suum injuriæ scriptæ subiicit, secundum Hartm. Pistor. *Observ.* 2. 7. *n.* 4. J. Schultes. *ad Coler. decis.* 1. 4. *n.* 16. Philipp. *Us. Pr. J. L.* 4. *Ecl.* 26. *n.* 1. Finchelth. *Observ.* 3. *n.* 18. *seqq.* Carpzov. *Pr. Crim. Qu.* 98. *n.* 28. *seq.* & *P.* 4. *C.* 44. *def.* 8. licet dissent. Moller. *ad eand. n.* 6.

rĕcte illata agant, *d. l.* 1. §. *ult.* §. 2. *h.* unde liquet, fieri posse ex hypothesi Juris civilis, ut ex una injuria quatuor personis actio distincta detur; mulieri nuptæ, marito ejus, atque Patri mulieris & socero, quod utique hodiernis moribus cessat; quatenus per nuptias Patriam potestatem solvi, notissimum * & alias dictum est. Sane mulier de injuria marito suo illata non habet actionem, ut magis prævaluit, ait Imper *d.* §. 2.*h.* *εἰ καί τινες ἐναντιώθησαν*, licet *aliqui sint adversati*; sine dubio ex convenientia correlatorum. Sed est hic manifesta differentia: nam ratio, quæ actionem viro præstat, quod uxorem a viro defendi oporteat, nihil ad mulierem pertinet, sub cujus tutela virum agere, non minus contumeliosum est, quam vivere sub uxorio imperio. (2) Nomine autem filiifam. agit Pater, ut alias extra causam peculii castrensis vere vel quasi talis, nisi quod Patre absente filius admitti potest. *l.* 17. §. 10. & *seqq de injur.* Dominus haud facile actionem per servum adquirit, nisi perquam atrox sit injuria, vel cum respectu ad ipsum dominum illata. §. 3. *h.* Nam atrocior injuria in servum patrata non relinquitur impunita, tametsi de animo & contemplatione in dominum nihil fortasse liqueat, veluti, si virgis aut flagris sit verberatus, vel quæstio tormentis de eo sit habita. *l.* 15. §. 34. 35. & 43. *h. t.* sed diobolares leviore sque injuriæ non aliter de servo competunt, quam si domini respectu odioque sint commissæ; alioqui de convicio alapave servo impacta, nihil actionis datur. *d.* §. 3. *in fin. h. t.* Plane ipsi servo nec de parva neque de magna injuria competere posse actionem, status servi, juris omnis civilis expers, satis demonstrat, *l.* 15. §. 44. *h. t. d.* §. 3. *in pr. h.* quatenus servi pro nullis & pro mortuis habentur. *l.* 32. & *l.* 209. *de R. J.* Quod si plurium dominorum communis sit servus, omnes domini habent actionem, non singuli in solidum, sed pro partibus dominicis, *l.* 15. §. *ult. h.* neque tamen virili æqualitate divident partes, sed ut est cujusque dignitas, ita plus vel minus adipiscentur, quemadmodum mulctæ injuriarum semper æstimantur, §. 5. *h.* & §. 9. *h. t.* nec aliter accipiendum quod in *l.* 16. *eod. tit.* habetur; *Non est æquum pro majore parte, quam pro qua quisque dominus est, damnationem fieri.* Denique, servo fructuario & bona fide possesso injuria affecto, jus agendi domino competebat, non usufructuario bonæve fidei possessori, nisi diserte in contumeliam ipsorum injuriam esse factam constaret. §. 5. & 6. *h. l.* 15. §. *antep.* & *penult. h. t.* Hæc dicta sint ad §. 4. 5. & 6.

5. (d) Pœna injuriæ gravissima est ob libellum famosum, quem scripsisse, sparsisse, prælegisse, capitale est. *l. unic. C. de famosis Libellis.* Videtur & alias ex L. XII. Tabb. pœna fuisse capitalis, ut colligi potest ex Augustino laudante locum Ciceronis 2. *de Civit. Dei c.* 9. quanquam mediæ tempore Jurisprudentiæ pœna mitior usurpata, *l.* 5. §. 9. *h t.* neque vero deest ratio severitatis adversus hoc delictum: quo enim major est spes impunitatis, eo graviorem oportet esse sanctionem, ut fiducia latendi, metu deprehensionis coerceatur; præter quod efficacissima ratio propagandi aliorum infamiam scripto, non est indigna rigore intentiori. Hæc tamen lex ita hodie temperari solet, ut tum maxime habeat locum, quando capitale crimen alicui objicitur, aut seditio movetur in Republ. ** Tulden. ad *tit. C. de famos. libell. in pr.* Realis injuria punitur Lege Cornelia, verbalis jure Prætorio; modus autem puniendi utrobique est idem, nempe ut is, qui injuriam est passus, eam æstimet ad certam pecuniæ summam; Judex autem moderetur æstimationem, secundum circumstantias facti ipsius, loci, personæ, & loci vulneris aliarumque circumstantiarum.

Hæ sumuntur ab ipso facto, a loco & a persona. I. A facto, id est a genere modove injuriæ, quarum sunt infinitæ varietates; & advertet, inquam, judex, ne ineptiis & vitilitigiis tribunalia perstrepant. Huc etiam pertinet locus

(d) *Pos.* 14. & *seqq.*

(a) *Confer Hein. in not. ad Vinnium* §. 2. h. t.

* Id quod cum apud nos per filiæ nuptias semper, filii vero, quoties peculiarem œconomiam instituit, contingat, v. *Land. R. L.* 1. a 31. *P.* 2. *C. Fl.* 39. utroque casu Patri actio injuriarum denegabitur. vid. Manck. *Tractat. Synopt. Inst. h.* 2. *p.* 139. Unde Patrem ob injuriam filiæ maritatæ agere non posse, resp. *Facult. Jur. Lips. Ann.* 1706. *Mens. Apr.* & *August.*

** *Jus* Saxonicum perinde ac Jus Imperii, de quo vid. *Ord. Crim. art.* 110. libelli famosi pœnam constituit talionem, id est eam quam meretur delictum alteri falso imputatum. *P.* 4. *C. Fl.* 44. vid. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 98. *n.* 13. Hopp. *ad* §. 1. *Inst. h. t. Us. hod.* Non tamen capitalis, sed fustigationis, aut relegationis tantum, aliave arbitraria pœna eodem Jure obtinet, (1) si, qui proponit libellum famosum, criminis, quod alteri objecit, veritatem probet, *d. C.* §. *Ordnen.* ibique Carpz. *def.* 8. Heig. *P.* 1. *quæst.* 31. *n.* 44. Phil. *Us. Pr. I. l.* 4. *Ecl.* 17. §. 7. j. Mynsing. *Cent.* 4. *Obs.* 4. (2) in eo, qui libellum famosum tantum propalavit, Carpzov. *Pr. Crim. l. c. n.* 21. *seq.* Philipp. *l. c. n.* 6. *d.* (3) si aliæ circumstantiæ concurrant, e. g. tempestiva Pœnitentia, &c. Carpz. *d. l. n.* 58. *seq.* Philipp. *d. l. n.* 9.

Digitized by Google

cus vulneris. §. 9. *h. l.* 7. *in fin. & l.* 9. *fere per tot.* II. A loco injuriæ commissæ; velut si in foro, * in templo, vel domi cujusque propriæ ** fiat *d.* §. 9. In loco secreto facta obtrectatio vel exprobratio, non parit actionem, dix. e Tulden. *ad h. t. C. n.* 9. convicium dicitur in conventu *l.* 15. §. 4. & ad infamandi causam pertinere debet. *d. l.* 15. §. 5. *in f.* & §. 25. III. *A personis* est præcipua diversitas, tam eorum qui faciunt, quam qui patiuntur, velut, si Magistratus, *** vel senator ab humili persona contumeliam acceperit; si doctor, si Verbi divini Minister eorumque matresfam. si feminæ prægnantes, &c. *d.* §. 9. *d. l.* 7. §. *ult. h. t. & l.* 4. *C. eod.* Exod. XXII. v. 28. Moribus gentium æstimatio partis læsæ obsolevit; † mulctæ singulis fere injuriarum speciebus impositæ sunt; quæ ob id genus circumstantias, augentur in duplum, triplum & ultra: quandoque Pœna quoque libelli famosi jure civili capitalis est, *dict. l. un. C. de fam. libell.* moribus extraordinaria est pro circumstantiis. §. 10. *h.*

SCHOLIUM.

Nostris moribus sane actio æstimatoria est usus fere quotidiani. Autoris igitur assertio intelligenda de moribus Frisiæ. vid. Wissenbach. th. 27.

RESPONSIO.

Intellexi gentes, quæ certas mulctas singulis injuriarum speciebus imposuere, cujusmodi plures sunt. Si scholiastes intelligit expetitiones mulctarum, quæ actorum arbitratu fiunt in conclusionibus libellorum, sæpe legis ultra modum, ea nostris quoque inusitata non est: Verum ejus ratio non habetur ubi lex quantitatem præscribit. Plura dicentur inferius.

6. Quæ fuerit olim pœna, non tacet Justinianus in §. 7. Ex lege XII. tabularum propter membrum quidem *ruptum*, id est abruptum, talio erat; propter os fractum, id est quamvis læsionem citra membri ademptionem, nummariæ pœnæ; talio parem vindictam significat, non ita, ut eam D. Wissenbach. *disp.* 43. *th.* 8. describit, æqualia peccata æqualibus pœnis, gravia quidem graviter, levia leviter coercendo; nam ita fit omnium æstimatio delictorum, sed ut Lege Mosaica præscribitur, Exodi 21. ℣. 23. *& seqq. vitam pro vita, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede, ustionem pro ustione, vulnus pro vulnere, tumicem pro tumice*; & Levit. 24. ℣. 19. *quemadmodum fecit, sic fiat ei: prout intulerit corporis vitium homini, sic infertor ei.* Idem repetitur Deuteron. XIX. v. ult. Cæterum, eo modo talionis illius ineunda est ratio, ut ejusmodi evitentur incommoda, qualia Favorinus movet apud Gellium *lib.* 20. *c.* 1. nedum id genus absurda, quæ Pythagoricæ talioni, nescio an merito, imputantur; exempli gratia; Clodius Pompejam Cæsaris adulteravit; Ergo pati debet ut Cæsar ipsius uxorem corrumpat. Est qui auri pondo tot suffuratus est alii, proinde tantundem alter ipsi eripiet, quomodo refert D. Wissenbach *d. disp.* 43. *th.* 8. Sed apud Romanos non erat necessaria talionis pœna, Reus enim pacisci poterat cum injuriam passo; pacisci nolens talionis damnabatur; nec tum quidem pati cogebatur, verum Judex talionem recusanti litem æstimabat, atque sic omnia in mulctam pecuniariam resolvebantur, ut docet Cæcilius JCtus apud Gellium *loco citato*. Haud temere Favorinus *ibidem*, nummarias pœnas propter os fractum reprehendere videtur, quæ XXV. assibus erant definitæ, *quis enim erit tam inops, quem ab injuria facienda vigin-*

* *Nov. Mandat. de Duell.* §. 9. injuriæ reales in locis privilegiatis, ut residentiis, curiis, cancellariis &c. templis, auditoriis, præfecturis &c. illatæ ita coercentur, ut ordinaria earum pœna incarcerationis pro quarta parte augeatur, manusque delinquenti, *wenn der Burg-Friede gebrochen*, amputetur.

** Sic quoque atrocior fit injuria, & eodem mandato punitur, ut ordinaria carceris pœna *um die Helffte steigt.* d. Mand. §. 10.

*** Jure Saxon. Elect. si injurians primi ordinis sublimisque dignitatis, de qua vid. *Mand. d. Duell.* §. 2. sit, injuriamque, vel verbis, vel gestu superiori suo ac magistratui intulerit, deprecationem & recantationem, simul carcerem 6. mensium subire jubetur, *d. Mand.* §. 4.

† Actionem injuriarum æstimatoriam Jure Saxonico, quod ante Edictum de Duellis erat, non obsolevisse, non modo usus fori ostendit, vid. Carpzov. *Prax. Crim. Qu.* 95. *n.* 5. & Philipp. *Us. Pr. Inst. L.* 4. *Ecl.* 30. *n.* 10 ubi præjud. sed & ex ipsis Legibus Electoralibus apparuit. Ita Ordinatio politica de Ann. 1661. tit. 1. *Von Injurien, Schenden und Schmähen*, §. 7. verb. *sondern entweder auf eine andere Geld-Busse, so er anders seinen Ehren dadurch gerathen zu seyn vermeynet.* it. §. 7. verb. *Wolte aber der Beleidigte lieber* ad æstimationem. Ex quibus & §. 15. simul constabat, non posse partem læsam actionem æstimatoriam cum actione ad palinodiam cumulare; adde Rescript. Divi Joh. Georgii I. *de ann.* 1637. *ad Scab. Lips.* & Carpzov. *P.* 4. *C.* 42. *Def.* 16. Sublatus tamen videtur æstimatoriæ actionis usus *per Mandatum* Noviss. *Wieder die Selbst-Rache*. d. 1712. cum ibi omnes solennes & formales injuriarum actiones, *ordinationi Politicæ d. a.* 1661. *t.* 1. §. 5. probatæ, sive ad æstimationem, palinodiam, sive aliam in rationem instituantur, abrogatæ sint. *d. Mand.* §. 22. In Ducatu Magdeburgico usus Actionis injuriarum æstimatoriæ per emendat. Ord. Process. *tit.* 50. §. 10. sublatus est.

Digitized by Google

viginti quinque asses deterreant? ait Philosophus, additque exemplum; *L. Neratius*, inquit, *fuit egregie homo improbus atque immani vecordia. Is pro delectamento habeat os hominis liberi manus suæ palma verberare. Eum servus sequebatur crumenam plenam assium portans; & quemcumque depalmaverat, numerari statim secundum XII. tabb. quinque & viginti asses jubebat*. Atque ut mali mores plerumque bonis legibus ortum suppeditant, *Præterea*, inquit, *Prætores postea hanc Legem abolescere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt*. Sed partem absurditatis hujus occupat Justinianus in hoc §. 7. *quasi in magna veterum paupertate*, ait, cui adde quod Cæcilius *d. l. lib.* 20. *c.* 1. Gellii suggerit, in illa ipsa paucitate assium grave pondus æris fuisse, *Nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est*, ut singuli asses libram æris penderent, unde sestertius, qui tenebat asses duos cum dimidio, sic scribebatur LLS. hoc est, duæ libræ cum semisse: quæ literæ postea sic notari cœperunt, ut hodieque passim extant, Hs. Ergone XXV. asses erant XXV. pondo æris? Robustum Neratii servum & immanem crumenam toties XXV. libras æris continentem! sed de hoc *alias*. Cæterum est ita, quemadmodum Cæcilius idem tradit, *Legum opportunitates & medelas pro temporum moribus &c. mutari atque flecti, neque in uno statu consistere, quin ut facies cœli & maris, ita rerum atque fortunæ tempestatibus varientur*.

7. Pœna injuriæ, quæ ex Lege XII. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit, alia vero, quam Prætores introduxerunt, postea in Judiciis est frequentata; ut unaquæque injuria æstimetur certa pecuniæ summa, quæ crescat aut minuatur, secundum gradus dignitatis vitæque honestatem, qui gradus per analogiam in servorum quoque personis sunt observandi *d.* §. 7. *l.* 15. §. 44. *h. t.* Atque ut Theophilus παραφράζει, injuriam passis permittitur æstimare suam injuriam quanti velint; forte si dicat, hanc ego injuriam ne quidem pro centum aureis pati vellem, & hanc quantitatem Judex aliquando approbat, aliquando infra eam subsistit, prout ipsi visum fuerit. e. g. Quæ injuria Senatori illata, centum & quinquaginta nummis mulctatur, ea in privato centum æstimabitur; at in homine minus honesto quinquaginta duntaxat. Ita fere Theophilus: atque ita civiliter de injuriis agi mos erat.

8. Dein Lex Cornelia de gravioribus injuriis lata est, qualis, si domus alicujus vi sit introita, vel pulsatus aliquis sit aut verberatus, adeoque omnis injuria, quæ manibus infertur, huc pertinebat. *l.* 5. *D. in pr. de injur.* Etsi autem criminalis animadversionis ergo hæc Lex præcipue lata videatur, tamen & civiliter, æstimatione Judicis officio facienda, potest agi. *l.* 37. §. 1. *h. t.* Ex quibus jam colligitur, jure Prætorio non tantum de verbalibus injuriis, sed & aliis levioribus agi; verum de iis quæ manu fiunt, aliisque gravioribus, publicatam esse Legem Corneliam. In utroque autem civili Judicio æstimationem fieri *κατα τὸν βαθμόν τοῦ ἀξιωματος, τό ἀξιόπιστον τῆς πολιτειας τοῦ ὑβρισθέντος, juxta gradum dignitatis & existimationem, quam is, qui injuriam passus est, habet in civitate*. Cæterum, superior discretio ad applicationem mulctæ faciendam partibus læsis dirigebatur, eoque respectu diversitas personarum considerabatur. Sed alio sensu, personæ quoque ratione, injuriæ distinguuntur, ut leviores aut graviores, prout sunt magis minusve dignæ personæ, censeantur. Gravior est injuria, si Magistratus aut Verbi Divini minister, aut Nobilis & spectatus vir, a privato vilique homuncione, quam si bajulus aut quilibet privatus ab insigni viro injuria afficiatur. Sunt & aliæ circumstantiæ quibus delicti æstimatio crescit; atrocius enim est cædi fustibus aut vulnerari, quam os depalmari. *Locus* huc etiam pertinet, veluti cum quis in templo, vel theatro medioque foro, indigne est habitus; denique locus vulneris, ut, si quis in oculo percussus fuit, maleficii pœnæque facit incrementum, ut Imperator in §. 9. ibique Theophilus, adde *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 9. *h. t.* ubi & illud, pater an filiusfamilias sit aliquis, nihil præstare; nec inter virum atque mulierem distingui legimus: etsi non est abs re statuere, quod & Judicem aliquam sexus oportet habere rationem: quatenus improbitas odiumque injuriæ crescit ex eo, quod quis debilem suique defendendi impotem violaverit. Statuta Frisica *lib.* 2. *tit.* 2. §. 23. inter personas, quarum respectu mulctæ injuriarum duplicantur, etiam referunt mulieres sive matronas atque puellas; denique prægnantes triplo vindicantur. Metuendum erat, ne si Justinianus hoc ita sanxisset, ei ab acutis censoribus, quos habet ex Interpretibus suis nimium multos, exprobraretur, quod ab Theodora subactus mollioris sexus honori sic consulendum putaverit. Sed parum abest, quin prærogativa nostratium matro-

Digitized by Google

matronarum usus forensis interpretatione penitus enervetur & infringatur. Sic enim Vir Ampliss. D. Saakma in notis *MS.* memorat, id quod de mulieribus in statuto sancitur, tantum de Nobilibus & spectatioribus matronis accipiendum, quasi vox *vrouwen*, in *d.* §. 23. per sequentem, *ofte matronen*, qua voce primariæ feminæ vernaculo usu significentur, & sic per *vel* exegeticum restringeretur, quomodo & judicatum refert D. Saakma. Atqui illo intellectu nihil præcipui mulieribus tribuitur, sed tantum viris pari conditione fortunæ utentibus adæquantur. Alioqui posset aliquis ita existimare, in his verbis, *vrouwen ofte matronen ende jonge Dochters*; hunc inesse sensum; oppositionem esse inter mulieres nuptas & innuptas; cum vox *vrouwen* sit generalis, conveniens nuptis & innuptis, eam limitari, addito, *matronen*, qua voce nuptas honeste viventes latius intelligi, satis constat. Sequuntur puellæ, de quibus eandem teneri distinctionem, non meminit D. Saakma, neque de prægnantibus eam observari sana ratio permittit. Cæterum, moribus hodiernis æstimatio a partibus læsis, quemadmodum jure civili præcipitur, non fit, verum singulis injuriis mulctæ statutis sunt impositæ; sicut in Frisicis Statutis fit accurate in *d. tit.* 29. Sed est alia moribus hodiernis injuriarum actio, quæ verbali tantum injuriæ convenit; quaque ad παλινῳδίαν sive recantationem agitur. Sitne autem hæc actio civilis, an criminalis, mox inquiretur. Sed hoc res ipsa loquitur, tametsi quis ob vera convicia, quemadmodum supra diximus, ita teneri possit, eum tamen ad παλινῳδίαν publicamve revocationem nequaquam teneri, ut bene tradit Sandius, *lib.* 5. *decis. tit.* 8. *decis.* 7. nec etiam æquum est adigere ad παλινῳδίαν eum, qui verba injuriosa animi commotione prolata, ante litem contestatam revocare paratus est, ut idem judicatum refert *dec. seq.* Imo parum abest, quin ab usu fori παλινῳδία penitus recesserit, * exemplo juris Romani quo ignorata fuit: neque non durum videtur, dicta temere objecta sic luere, si valde atroces circumstantiæ diversum non expresserint.

SCHOLIUM.

Apud nos autem, Saxones, actionis hujus usus adhuc floret.

(e) Quod in *pr. tit. de obligat. quæ ex delict.* diximus, ex privatis delictis agi posse duobus modis, civiliter ** atque criminaliter, *** hoc etiam de injuriis affirmat Imperator in §. 10. *h.t.* ita ut in criminali accusatione judicis officio extraordinaria pœna pro meritis circumstantiarum infligatur. *d.* §. 10. *l ult. h.t.* in qua parte commemorandum putavit Cæsar in *d.* §. 10. quod in Institutionum libello minus necessarium videbatur, personis illustribus licere etiam per Procuratores actionem suscipere vel persequi, cum

(e) *Pos.* 19. & *seqq.*

* Sed hanc quoque actionem Jure & consuetudine Saxoniæ non sublatam esse, *P.* 4. *C. El.* 42. *Ordinat. Pol. l. c.* §. 5. & 7. evincunt, dum injuriam atrocem passo facultatem largiuntur hac actione utendi. Philipp. *Us. Pr. Inst. L.* 4. *Ecl.* 21. Carpzov. & Moller. *ad d. C.* Carpzov. *Pr. Crim. Qu.* 96. *n.* 11. *seq.* Berlich. *p.* 5. *Concl.* 62. soletque reo haud raro extraordinaria simul pœna imponi, *v. d. P.* 4. *C.* 42. & Philipp. *l. c. n.* 11. Carpzov. *ad d. C. def.* 1. Interim recantatoria actio eodem mandato §. 22. *in Sax. Elect.* abrogata est, ut injuria adfecto & denuncianti integrum sit, deprecationem aut revocationem pro discrimine factæ injuriæ desiderare, ac simul petere, qua pœna statuta injurians, methodo *in* §. 22. præscripta observata, excipiatur. Cum autem verba *d.* §. 22. solum de ordinario ac solenni procedendi modo in actione ad Palinodiam abrogato, acciperentur, *novissimi mandato d.* 1716. *d.* 4. *Mart.* declaratio secuta est, & tam ordinaria quam summaria in hac actione procedendi ratio interdicta, ita, ut de simplici & plano, sola rei veritate inspecta, *nach Art des Rugen-Processes*, hic quoque deprecatio injurianti injungeretur. Ceterum cum recantatio Jure Saxonico famam quodammodo sugillet, salutarem esse ejus in sententia condemnatoria factam reservationem, monuit Carpz. *Pr. Crimin. qu.* 94. *n.* 10.

** *Mandato novissimo* in Saxon. Elect. singularis, injuriarum causas tractandi methodus præscripta fuit, quam ipse §. 21. vocat *den Rugen-Process*; Scilicet Injuria adfectus denuntiationem adductis necessariis circumstantiis, nominibus testium, specificatione ad delictum pertinentium documentorum refertam, vel oretenus, vel in scriptis offert; Quo facto denunciatus sub pœna confessi & convicti in propria persona ad comparendum citatur, spatio 14. dierum ipsi indulto, atque si injuriam neget, antequam pro re nata ad purgatorium perveniri queat, denuncianti jurata oblatæ denunciationis confirmatio injungitur. Contumax denunciatus pro confesso & convicto habetur, condemnatur, ulteriorque ipsi deductio innocentiæ denegatur, nisi exceptiones non rite factæ insinuationis, impedimenti legitimi, & alias juste allegatas, breviter & citra processus solemnitatem deducere possit. Deprehensa autem denunciationis veritate, sententia absque mora concipitur, qua denunciato pro modo convicii aut facinoris, declaratio, deprecatio, aut revocatio dictatur, is in expensas condemnatur, & desuper, vel mulcta, vel carcere, vel relegatione, vel fustigatione, vel ad operas publicas destinatione coercetur, conf. *Mandat. reg. d.* 1716. *d.* 4. *Mart.*

*** In injuriis præsertim atrocibus, Jure Sax. criminali persecutioni locum esse, dubio caret. Ita gladii pœnam ob injuriam graviorem magistratui illatam in reum statui, *ex P.* 4. *C.* 43. verb. *auch wohl nach Gelegenheit der Person mit dem Schwerdt &c.* adde Moller. *ad eand n.* 4. & Carpzov. *def.* 1. *seq. j.* Philipp. *L.* 1. *Ecl.* 2. *n.* 9. fustigationem injurianti dictari posse, ex *P.* 4. *C.* 44. §. *f.* & *C.* 45 §. *f.* it. *Ord. Pol. d. an.* 1661. §. 6. apparet, qui §. simul de pœna pecuniaria carceris & relegationis injuriantibus imponenda cavet. conf. *d. Mand. Noviss. Regium* §. 2. *seq.* it. §. 19. quod satis ostendit, criminaliter ex injuriis realibus & verbalibus, secundum casus ibi propositos agi posse.

Digitized by Google

cum alioqui criminalis accusatio per alium exerceri nequeat, idque ob inscriptionem in crimen, per quam accusator se ad pœnam talionis obligare debet, si calumniatus deprehendatur, *l. ult. de furt.* quemadmodum id alias docebitur; soli, ut dictum, Illustres, quique super eos sunt, excipiuntur a necessitate in sua persona experiundi injuriarum. *l. ult. C. h. t.* Repetendæ sunt hoc loco duæ quæstiones, quas in capite de furtis tetigimus. Una, deturne accusatio extraordinaria de modicis minimisque etiam injuriis: Quod ego non possum in animum inducere uti credam, rationibus iisdem, quas in *th. 5. supra de obligat. quæ ex delicto* protulimus. Inscriptio in crimen, obligatio ad pœnam talionis, animadversio publica, ut alii exemplo deterreantur, res sunt ultra modum levis contumeliæ, nimis quam graves. Judicii publici autoritas vilesceret promiscuis ejusmodi de rebus exiguis accusationibus. Moribus nostris sic fieri videmus; Qui passus est injuriam, agit ipse soletque etiam petere ut fiat insinuatio, quam dicunt, procuratori Generali; sed Curia non semper eam concedit; neque Procurator, ea facta, semper agit; haud alia causa, quam metu contemptus judiciis conciliandi, si quotidianis clamoribus vigorem publicæ disciplinæ in controversiis rerum minimarum exercere vellent. Ego rem nihilo secus apud veteres se habuisse credo. Poterat equidem is, qui passus erat injuriam adire Præsidem aut præfectum urbis & extraordinariam moliri accusationem, tam de injuriis, quam de furtis, utrobique enim est eadem ratio. *l. ult. de Furt. l. ult. de Injur.* Sed magistratus minime semper inscriptiones totamque molem criminalium Judiciorum movebat; sæpe fures rem simpliciter restituere jubebat. *l. 56. §. 1. de furt.* aut ad jus ordinarium eosdem remittebat. *l. 2. de fur. balnear.* extraordinaria procedebat accusatio, quoties aliquid gravius animadvertendum erat. *l. 1. §. 1. de extraord. crim.* In quibus verbis non inest διαστολή, quasi JCtus non negaret leviores injurias extra ordinem coerceri, sed gravius extra ordinem graviores puniri: nam extraordinaria judicia in hoc generaliter instituta sunt, ut quæ in delictis privatis sunt atrociora, de his graviter ex causa & ex persona statuatur. *l. ult. h. t.* Quod autem viro summo Wissenbachio nostro videtur, species injuriarum, quæ ibi recensentur, non esse ex gravioribus, nec esse contumeliosissimo corrupto persundi quam convicium audire, ego nisi id valde atrox, imo capitale paucis ita visum iri existimo. Jam igitur textus indefiniti in *d. l. ult. de Furt. & de injur.* nihil obesse queunt, nisi quod Justinianus in *h. §. 10.* validius diversæ sententiæ auctoritatem adstruere videtur; ait enim *de omni injuria, eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter.* Si *de omni*, ergo de modica quoque seu levi, imo levissima, nam & hunc ultimum gradum vox *omnis* complectitur. Ego sic existimo; Imperatorem, postquam de singulis injuriarum speciebus aliquot versibus egit, docuitque modos agendi exequendique illas, jam de cunctis speciebus simul, tam verbalibus quam realibus, earumque variis generibus adfirmare, de illis tam criminaliter quam civiliter agere licere, minime tamen ut terminos habiles tollat, quos in criminalibus judiciis supponi, aliunde notum est; scilicet, ut res publica animadversione sint dignæ.

SCHOLIUM.

Dissentit Wissenb. th. 22. *Hoc illi notent velim, qui propter injurias levissimas & vix ab homine Ethnico ad animum revocandas, criminaliter ad relegationem vel fustigationem agunt, majore hoc pacto injuria alterum afficientes, quam ab ipso erant perpessi.*

Altera quæstio erat, utrum actio civilis & criminalis elective, an cumulative concurrant, hoc est, an una post alteram institui queat, an vero una instituta evanescat altera: posterius affirmandum, rationibus *supra tit. 1. h. lib. sub fin.* expositis: quibus heic illa ratio peculiaris accedit, quod injuriarum actio tam civilis quam criminalis ex vindicta personali detur, quam non sit æquum bis exerceri, cum actio furti, rapinæ damnique, veniat ex diminutione patrimonii, cujus ratio facilius cum animadversione criminali conjungi poterat; cum tamen ne illa quidem cumulatio Juri consentanea sit, ultro colligitur, hanc multo minus conferri posse. vid. *l. 6. & l. 7. §. 1. h. t.* Moribus hodiernis, quemadmodum cuncta Judicia Criminalia, sic etiam hoc, a Fisci Procuratoribus exercetur & est publicum; ideoque nihil obstat, quominus cum civili de eadem injuria concurrere possit; quemadmodum privatæ accusationes jure civili cum publicis quoque sine dubio concurrunt. *l. un. C. Quand. civ. act. crimin. præjud.* Nihil etiam est notius hodierna praxi, quam actionem ad παλινῳδίαν sive revocationem publicam, quæ, ut diximus, de injuriis verbalibus datur, cum civili pecunia-

ria·

Digitized by Google

ria concurrere, * quia tendunt in fines penitus diversos nihilque inter sese commune habentes, Gail. 1. *obs.* 65. Mynsing. ad *h.* §. 1. & 2. *obs.* 98. nec est, accurate loquendo, vel civile vel criminale judicium, quod ad revocationem instituitur; non civile, quia non vertitur in eo patrimonii causa vel commodum pecuniarium; non criminale, quia non est publica animadversio, sed privata satisfactio; tamen si ad alterutrum genus referenda sit, magis, est ut inter civiles quam criminales numeranda sit actiones. Mynsing. 2. *obs.* 98. Bachov. ad Treut. *tit. de priv. del. th. ult. lit. A.* & *ad Wessenb. h. t. n.* 16. ex *l.* 11. *in pr.* §. 3. *h. t.* Si quis uti velit ratione D. Thomasii, nihil intercedo.

SCHOLIUM.

Quid si dicamus actionem esse civilem. in qua petimus satisfactionem privatam; criminalem; in qua publicam?

Cæterum, quod in §. 11. obiter collocatur, eum, qui dolo malo curavit injuriam fieri, non minus teneri, quam si ipsemet eam admisisset, tralatitium est, pariterque in aliis obtinet delictis, ut in homicidio. *l.* 15. *ad L. Cornel. de Sicar.* & is qui jubet, damnum dare censetur, quatenus causam rei præbet. *l.* 169. *de R. J.*

9. (f) Sequuntur modi quibus actio injuriarum tollitur; qua de re sic Justinianus *in* §. *ult. h. Hæc actio dissimulatione*, inquit, *aboletur*: quæ autem sit dissimulatio, exponit; *& ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere*, ex *l.* 11. §. 1. *h. t.* non revocare ad animum dicitur, qui μὴ ἀγανακτεῖ πραχθέντι, μηδὲ ὡς δεινὸν τοῦτο δέξηται, ἅμα τῷ ὑβρισθῆναι, *non indignatur ob id quod factum est, nec ut rem indignam accepit; in ipso temporis articulo quo fiebat injuria*, ut Theophilus interpretatur. Æquum enim est, ut injuria censeatur, quemadmodum is, qui passus eam est voluit, nec indulgendum ei, quod postea, forte ab aliis instigatus, velit μνητικακεῖν, maxime cum dissimulatione injuriarum nihil sit favorabilius ad pacem colendam. Præterea, remissione ** solvitur injuria, quæ vel expressa vel tacita est. Expressa fit pacto vel transactione, *l.* 11. §. 1. *vers. proinde h. t.* & quidem pactum hoc efficacius est, quam alias esse solebat; siquidem abolet hanc actionem ipso jure, *l.* 27. §. 2. *vers. sed si pactum. de pact.* Enimvero tollitur eo modo hæc actio; sed an is, qui transegit infamia notetur, alibi cernemus. vid. *l.* 6. §. 3. *de his, qui not. infam.* Tacita remissio fit aliis placati animi indiciis, actu externo significatis, veluti salutatione blandiori, manuum junctione, conversatione familiari, compotatione, similibusque, de quibus tractant Canonistæ in *cap. ad id. de Sponsal.* Fere etiam solent hæ causæ ita in Judicio observari, propter favorem ἀμνηστίας, vel potius τοῦ μὴ μνητικακεῖν. Etenim, ἀμνηστίας vocem sunt qui ad publicam duntaxat oblivionis legem referri volunt, quod ego illis probandum relinquo; sane id constat, primum Thrasybulum ἀμνηστίας vocabulum e privato in publicum usum transtulisse: quo exemplo Romani dein usi sint, ut tamen Cicero voce ἀμνηστίας vix ausus sit uti; sub Claudii initiis rursus ἀμνηστία Romæ stabilita; sed hujusmodi exemplis velle negatum, hac voce privatos etiam uti posse, nescio qua ratione contendatur. At hoc loco gravis occurrit quæstio, an & Communio Cœnæ Dominicæ inter actorem reumque, injuriarum hanc actionem præcidat; Etenim si convivatio & sympolium inter privatos parietes hunc habeat effectum, quis eum ausit negare in epulo sanctissimo, quod proprio fine contestandæ singularis amicitiæ inter fratres Christo Domino institutum est? Nihilo tamen secius prævalet opinio, quod hæc causa non præbeat exceptionem abolitæ actionis injuriarum; judicatumque ita refert gravissimus auctor Sandius, *l.* 5. *tit.* 1. *decis.* 12. cujus rationes tamen vellicat vir summus A. Matthæus *Comm. de crimin. tit. de injur. c.* 1. *n.* 15. Sandius distinxerat inter privatam atque publicam vindictam, hanc esse licitam, non illam; post cœnam Domini, & hanc ideo recte institui, quod non modo ad vindictam, sed inprimis ad vindicationem honoris dirigitur, utiturque simili ab oratione Dominica, per quam omni die *debitoribus nostris*

(f) *Pos.* 23. & *seqq.*

* Hanc vero cumulationem apud nos non admissam; sed has actiones tantum elective concurrisse, ex *Rescripto Electorali d. Ann.* 1633. & *Ordinatione Polit. d. Ann.* 1661. *Tit.* 5. §. 5. patet. Carpz. *ad p.* 4. *C.* 41. *def.* 16. add. Eckhold. *Disp. de æstimatoria injuriarum actione rei persecutoria*, §. 15. *v. supr. p.* 379. *not.* † conf. quæ supra *ad h.* §. 7. de perito recantationis cum illo, quod ad pœnam injurianti juxta *Edict. de Duell.* infligendam dirigitur, conjungendo diximus.

** Etiam in Saxon. remissione & condonatione tollitur injuria levior, ut verbalis, aut alapa illata, in tantum, ut injuratus eam præcise denunciare compellatur; Judex tamen ex officio injuriantem, licet ad deprecationem non adigatur, plectit. *Duell. Mand.* §. 19. In gravioribus autem injuriis, maxime realibus, is, qui iisdem affectus est, non obstante transactione inita, vel invitus cogitur, ut illas judici deferat, sub pœna 1. vel 2. mensium carceris, *Duell. Mand.* §. 16.

Digitized by Google

ſtris injurias remittimus, nec tamen judicialis injuriæ perſecutionem amittimus. D. Matthæus eandem & hujus exempli rationem eſſe putat, eoque inclinat, ut Judex quidem negare nequeat actionem, attamen actor ipſe conſcientia illæſa adverſarium poſt ſacram ſynaxin in jus vocare vix poſſit. Non eſt dubium, quin actorem etiam atque etiam excutere ſemet ipſum atque perpendere oporteat, an non præſtet omittere perſecutionem, cujus tam ſubtile ab ultione diſcrimen eſt, in qua nullus animus ita ſibi temperare poteſt, quin affectus erumpat. Sed dicere, quod non liceat poſt communionem ſacram agere omnino, tantundem mihi videtur ac ſtatuere, non eſſe fas homini Chriſtiano movere actionem de injuriis ullo modo, maxime, ſi & recitationi Dominicæ vis illa tribuitur, ut hominis liget conſcientiam. Nam ego exiſtimo, cœnæ Dominicæ communionem non obligare nos ad aliud, quam quod per ſe lex Chriſti domini ferat. Puto, quin ſenſu ſtatuunt ipſi quoque Theologi, licere Chriſtianis injuriarum agere, Spiritu ſcil. manſueto, non animo irritato & vindictam ſpirante. Perkinſ. 3. *de conſ. c.*3. *n.*1. Ameſ. 5. *de conſcient. c.*3. *n.*4. Spanhem. 3. *dubior. Evang.* 125. *& ſeqq.* pari modo poſt communem panis uſum idem licere utique, ſi jus conſcientiæ in homine privato ſpectes; ſi aliter actores ſunt animati, ut verendum eſt ne non plerumque ſint, id ipſorum reputationi periculoque committendum. Hoc tantum ſupereſt, quomodo privatæ profanæque compotationes injuriæ actionem excludant, nec idem faciat ſacratiſſima convivii participatio; idque non modo reſpectu convivantium, ſed & Judicis ipſius reſpectu mirum videtur, cum interpretatio remiſſionis non minus ſit prægnans in religioſo, quam in vulgari epulo. Certe & epulum quotidianum, ſi inter multos aut publicum ſit, minime hoc efficiet, ut diſcubitus ad eandem menſam vim remiſſæ actionis habeat; ſed omnino ſpecialem oportet fuiſſe concurſum atque conjunctionem ad hunc effectum: Quare & in Cœna totius Eccleſiæ, quæ tantum generalem fraternitatis habet profeſſionem, nihil eſt unde tam ſpecialis remiſſio colligi poſſit. Fatemur profeſſionem generalem non videri ſinceram, niſi ad ſingulos ſe extendat, tamen & hoc certum, ſpecialia plus valere, quam univerſalia ad effectus ſpeciales obtinendos. Tutius eſt procul dubio abſtinere ſacra ſynaxi, vel quod potius & laudabilius, actionem prætermittere.

10. (g) At ſuccedat tertius hanc actionem tollendi modus, qui eſt annus. * *l.* 17. §. 6. *in fin. h. t. l.*5. *C. eod.* Hunc annum eſſe continuum non utilem, a Præceptore noſtro D. Wiſſenbachio accipiebamus, ſuum Præceptorem D. A. Matthæum ſeniorem, ut fere ſemper alias, ſecuto; iidem de utroque genere injuriæ tam realis quam verbalis annum volunt intelligi. *diſp. ad Inſt.* 43. *th.* 18. *&* 19. Quominus idem ſequamur & a communi interpretatione recedamus ſumma juris religio facit. Nam prætorias actiones, quibus anni ſpatio præſcribitur, de utili anno interpretari ſolent JCti, *l.*1. juncta *l.*6. *de alienat. jud. mut. c. & l.*1. juncta *l. 6. de calumniat. & l.* 38. *de Ædil. Ed.* juncta *l.*19. *§. ult. eod. tit. & l.* 1. *pr.* juncto §. 39. *de vi & de vi arm. l.* 1. §. 3. *Si mul. ventr. nom.* Eundem annum utilem ſervavit Prætor in titulis, qui capiti de injuria ſunt proximi *in l.*1. *pr. d. ſi is qui teſtam. lib. eſſe juſſ. l.*2. §. 13. *de vi bon. raptor. & l.* 1. *pr. de incend. ruin. naufrag.* Nec ulla ratio vel textus extat, unde contrarium adſtruatur, præter *l.* 5. *C. h. t.* quæ ſic ait: *Si autem in rixam inconſulto calore prolapſus homicidii convicium objeciſti, & ex eo die annus exceſſit: cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit, ob injuriæ admiſſum conveniri non potes.* Manifeſtum eſt, ibi de convicio coram alicui in os objecto agi, in quo tempus rei geſtæ ſcientiæque eſt unum & idem; ſcilicet, quo ſenſu dicatur utilis annus, jam conſtat ex iis quæ ſupra ad *tit. de Excuſ. tut. n.* 13. dicta ſunt. Quæ præterea in hanc ſententiam proferuntur de favore ἀμνηςίας ſimilibusque, parvi ſunt momenti, de quibus adi A. Matth. *de crim. tit. de injur. n.* 17. Ex eadem *l.* 5. maxi-

(g) *Poſ.* 27. *& ſeqq.*

* Etiam Jure noſtro actio Æſtimatoria injuriarum anno Civili, non Saxonico, præſcribitur Carpz. *prax. Crim. qu.* 97. *n.* 5. *Id. L.* 6. *Reſp.* 114. *n.* 2. *ſeqq.* Philipp. *ad Dec. El. XI. Obſ.* 3. *n.* 27. licet diſſentiat Berl. *p.* 5. *Concl.* 69. *n.* 25, & Beuſt. *ad l.* 9. §. 3. *ff. de jurejurand. n* 10. *ſeq.* vid. *P.* 4 *C. El.* 45. ex cujus principio ſimul apparet, annum hunc utilem eſſe, non continuum *add.* Carpzov. *ad. d. C. d.* 2. Berl. *P.* 5. *Concl.* 69. *n.* 17. Interim Actor qui ex verbali injuria poſt annum actionem inſtituit, vel in El. denunciationem offert, ac ignorantiam injuriæ illatæ urget, eo nomine juramento quandoque tempus notitiæ indicare compellitur. Carpzov. *L.* 2. *Reſp.* 110. *n.*10. niſi per præſumptiones, ex quibus ignorantia colligi queat, ab ejus præſtatione liberetur vid. Swendend. *ad Fibig. Proc. p.* 1524. Cæterum hæc annalis præſcriptio Jure noſtro ad verbales & ſcriptas injurias æque pertinet, *d. C.* 46. verb. *Aber die andern Schrifftlichen*, ibique Carpzov. *def.* 1. *n.* 1.

Digitized by Google

maxime probant, quod de reali injuria annali finienda statuunt, nam etsi illa simpliciter de verbali injuria loquatur, tamen in fine, ait noster D. Wissenbachius, *d. disp.* 33. *th.* 17. Imperatores speciem cum genere concludunt verbis indefinitis: *injuriarum actioni annuo tempore praescribitur*; sed nulla penitus ratio est, ea verba latius, quam est ipsa species & sanctio Legis, extendendi. Adhuc in *l.* 17. §. 6. *D. de injur.* simpliciter injuria tempore dicitur aboleri; sed & hoc de levioribus injuriis, quae satisfactione verberum adversus servum transmittuntur, accipiendum. Multo validius est contrariae fundamentum sententiae, quod actiones, quae ex Lege veniunt poenales, sint perpetuae; praetoriae sint annales, *pr. Inst. de perpet. & tempor. act.* nec usquam actio injuriarum excipiatur. Nam favor ἀμνηςίας praetendi poterat, si jam constaret, exceptionem esse probatam, ut ultro eam probet, nequaquam admittendum est. Imo *quid est absurdius* ajunt, *quam ob colaphos tibi ante triginta annos impactos hodie injuriarum agere velle?* vix sane fieri possit, quin post tantum temporis spatium dissimulata vel remissa videretur injuria: Sed non est ex arte juris, id quod minimum est in quoque delicto excerpere atque inde ad universum argumentari maleficium. Nec id fieri debebat ab his, qui ob res minimas criminalibus quoque judiciis locum faciunt. Nam ita meliori jure dixerim, esse rem absurdam, post triginta annos agere furti, quae est aeque actio famosa, propter ovum surreptum. Et si durum videtur propter alapam agere tam sero, quis neget esse durissimum, non licere post annum agere de membro rupto, idque non tantum ad farciendum damnum, sed etiam ad injuriae vindictam atrocissimae? Qua occasione quaeritur, an & damnum ipsa injuriarum actione petatur; quod affirmandum ex *l.* 8. *C. de injur.* quanquam principaliter haec actio sit ad vindictam, *l.* 7. §. 1. *vers. quid ergo. D. h. t.* ac etiam Aquilia potest institui, *l.* 34. *in pr. de O. & A.* quae actiones cum in diversa tendant, concursus earum est cumulativus, ut tamen ne utraque damni aestimatio petatur. *l.* 7. §. 1. *de Injur.* Postremo mors alterutrius, cum sit ultima linea rerum, finem quoque Actioni injuriarum imponit, nec ad heredem transit, propter odium vindictae, nisi litis contestatio intervenerit, per quam cum fiat novatio & quasi contractus species introducatur, *l.* 3. §. 11. *de pecul.* quemadmodum latius *supra* ad §. 3. *Quib. mod. toll. obl.* explicatum est, obliterata est actionis injuriarum invidia, ut sic jus transeat ab heredes; qua de re vide §. 1. *inst. de perpet. & temporal. Action.* Sed de injuria defuncto post mortem illata, heredibus actio datur, & quidem singulis in solidum *l.* 1. §. 4. & 6. *de injur.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 8. *def.* 2. Injuria in lite objecta non tribuit actionem, nisi illa lite ad finem perducta per *l.* 10. *C. h. t. arg. l.* 1. *C. de ord. cognit.* Sand. *d. tit.* 8. *def.* 10.

TIT. V.

De Obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.

I. Quid sint quasi delicta. II. De poena judicis, qui litem suam fecit. III. De dejectis & effusis. IV. Ex quasi delicto filiifam. patrem non teneri. V. Poena furti contra nautas, caupones, stabularios.

(a) QUod in contractibus accidit, ut inciderent quaedam species contractibus affines, quibus ab Jctis nomen quasi contractuum fuit datum, idem in delictis evenit. Nam ejusmodi facta, quibus delicti ratio non conveniebat propter defectum doli, quae tamen affinitatis habebant plus cum delictis quam cum contractibus, ea quasi delicta sunt appellata, vel potius obligationes quasi ex delicto nascentes, si hoc refert; diximus ad *pr. de obligat. quae ex quasi contr. supra.* Igitur nihil aliud sunt quasi delicta, quam facta delictis affinia, unde lex, sine dolo Rei, actionem producit.

(a) *Pos.* 1.

SCHOLIUM.

Sed in quo consistit illa cum delictis affinitas? Negative rem exponit Auctor in praelect. num. 1. *quod nimirum hic deficiat dolus. Sed hoc non sufficit. Aperte dicamus. In veris delictis dolus subest, in quasi delictis culpa.* Cont. Philos. jur. §. 142. seqq.

RESPONSIO.

Atqui Damnum Legis Aquiliae est verum delictum, etsi culpa sola vertatur, nec quominus id juridicum sit, faciet philosophia D. Thomasii. Etiam alias extra ordinem duntaxat culpa saepe pro vero delicto punitur. l. 3. §. 1. de off. praef. vigil.

vigil. l. 9. & l. 11. de Incend. ruin. naufr. l. 38. §. 5. de Pœn. *Affinitas igitur, per quam hæ species* Quasi delicta *feorsim constituunt, non consistit in culpa; siquidem & veris delictis aliquando & contractibus semper convenit: sed in qualitate mali moris, quam affinitatem de licti appello, & quam lex, sine dolo Rei, actione persequitur. Plura, cum Ars non det, addere non est nostrum, ne quidem ex philosophia.*

N. ADDIT.

I. *Non admodum civile est ita abjecte de philosophia D. Thomasii judicare, ea non inspecta; igitur repetantur hic ea, quæ dicta sunt supra in nova additione* ad tit. de lege Aquilia n. 3. II. *Id quidem leges dicunt, culpam sæpe extra ordinem puniri, at vero id nunquam dicunt, culpam puniri ut verum delictum.* III. *Culpa quasi delictorum & contractibus accidens in eo facile secernitur, quod contractui culpa saltem accidat, & præsupponat factum aliquod licitum alteri non damnosum præcessisse: at culpa quasi delicti essentialis forma est.* IV. *Si culpa non est forma quasi delicti, & tamen est aliquid affine delicto, sine dolo tamen, vellem scire quid sit illud, quod inter delictum sit medium, quale medium alia ars juris ignorat.* V. *Ignorat etiam ars juris istam qualitatem moris nescio quam, & quam Autor ipse nescit, quæ, qualis, quanta sit.* VI. *Istud denique nimis indignum est, dicere non licere JCto ex philosophia supplere quæ ars (videlicet corporis Juris Justinianei, quæ sane omnium artium miserrima est) non tradat. O miseros nos & vere Legulejos, si non liceret sapere ulterius!*

2. (b) *Primum* est, si judex litem suam fecerit, in *pr. h. tit.* dicitur autem suam facere litem, quoties male judicavit, seu per dolum *l. 15. §. 1. de jud.* sive per imperitiam. *pr. h. l. ult. de extraord. cognit.* Ratio appellationis, quia male judicans periculo litis obstringitur & æstimationem præstare cogitur: ideoque suam merito litem ait esse, cujus pretium solvit, ut olim Cicero, minanti cuidam Magistratui, qui per sordes creari meruerat, usurum se potestate sua in Ciceronem, *Recte*, ait, *dixisti, tua potestate; emisti enim.* Plutarch. *vit. Cicer.* Tenetur autem aliter si per imprudentiam male judicavit. Quippe si dolo, tum vere delinquit. *d. l. 15. de jud.* & tenetur in veram litis æstimationem, cum famæ munerisque sui dispendio *l. ult. C. de pœn. jud. qui mal. judic.* Sed imperitus Judex mulcta arbitraria damnatur & quasi delinquit. *princ. h. t.*

(b) *Pos.* 2. & 3.

SCHOLIUM.

Sive dolo sive culpa Judex litem suam fecerit, actione utili legis Aquiliæ, quæ & in factum dicitur, eum teneri arbitror, per ea quæ dixi ad Strauch. XIX. 16. p. 262. seqq. *Quamvis itaque concedam, judicem dolo malo iniquam ferentem sententiam infamem fieri*, per l. ult. C. de pœn. jud. qui male jud. *ex culpa aberrantem non eque*, arg. §. 6. Instit. de suspect. tut. *nolim tamen cum communi Dd. schola statuere, ratione condemnationis pecuniariæ etiam aliquid interesse. Nam est utrobique eadem actio, quæ adeo utrobique ad veram litis æstimationem dabitur*, d. l. 15. §. 1. de Judic. *ita tamen, ut in hac litis æstimatione arbitrium Judicis non excludatur*. d. pr. h. t.

RESPONSIO.

Actionem utilem legis Aquiliæ ad suitatem litis producere nimis enorme videtur, ut modo demonstratum est. Diversitas condemnationis pecuniariæ, quando culpa vel dolo male judicatum est, evidenter collocata est in d. l. 15. §. 1. de judic. & hoc pr. *nec est quod a communi sententia nos heic recedere jubeat.*

N. ADDIT.

(I.) *Necesse est ut apponatur nota ad Strauchium, ad quam provocat Scholium. Sic ibi docui. Hoc non dixerim, (Judicem imperite judicantem teneri ex delicto vero) nam imperitia medici culpæ annumeratur*, §. 7. Inst. de lege Aquil. *culpa autem facit quasi delictum. Adde quæ notavi* ibid. §. 143. *In eo igitur non est controversiæ status: Cur Judex non teneatur ex delicto vero; sed, cur Judex non teneatur ex lege Aquilia, cum tamen Medicus teneatur ex ea lege?* d. §. 7. Inst. d. t. *Quo præsupposito, ratio differentiæ quam dat Autor noster, petit id quod est in principio. Nec sufficit dicere: Judicem male judicando in L. Aquiliam non peccare. Cur enim non peccat? Sane Lex Aquilia damnum omni culpa datum coercet; hic vero adest damnum, adest & culpa Judicis. Communiter ea differentia profertur, quasi Judicis manus sit publicum quod invitis imponi potest, adeoque cum Judice lenius agi debeat quam cum eo, qui privatim suoque arbitrio peritiam artis profitetur, præprimis cum olim servilis professio Romæ fuerit medicina*, vid. ex pluribus Huber. ad Inst. de oblig. quæ quasi ex del. nasc. *Verum agnosco quidem differentiam, inter imperitiam Medici & imperitiam Judicis. Sed quid hæc differentia ad quæstionem propositam? Manet tamen & Judicis imperitia culpa (alias enim plane non posset conveniri) & ergo adhuc ad L. Aquiliam spe-*

Digitized by Google

spectabit, *aut alia differentia adducenda*. *Agnovit hujus differentiæ imbecillitatem acutissimus Wissenbach*, *ut tamen eam defenderet*, *maluit culpam impingere Jurisprudentiæ*. *Ita vero inquit* disput. 43. ad Inst. th. 22. Judex per imperitiam vel imprudentiam male judicans, quasi delinquit, *pr. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc.* οὐκ ἄδικος ἡ κρίσις ἐστιν, ἐστι καὶ ὡς ἄδικος, Arist. lib. 5. Medicus vero imperite secans vere delinquit §. *imperitia*. *-. supra de L. Aquil.* Diversitatis rationes reddi possunt, si non usque adeo solidæ & quæ plus quam necessitate geometrica nitantur, tamen probabiles, quarum præcipua est, quod Medici voluntarium sit munus ultro susceptum, Judicis publicum, quod etiam invitis imponitur. Conf. *l. 9. ff. de relig & l. 63. ff. de ædilit. edict.* Cujac. 12. *obs.* 38. & 17. *obs.* 15. Duar. 2. *disp. anniv.* 17. & *in l. 55. ff. de leg.* 1. ubi redditis rationibus, quare cautio legatorum prohiberi in testamento possit, non possit fructuaria, inquit: quibus non satisfaciunt hæ rationes, non sunt apti ad tractationem civilis sapientiæ. Ineptum est in hac scientia quærere ἀποδείξεις. *Imo vero*, *inquam ego*, *ineptum est culpam ignorantiæ nostræ adscribere velle scientiæ juris*, *quæ quia scientia est*, *ideo non credenda tradit*, *sed scienda*; *scire vero est rem per causas cognoscere Quod si igitur aperire deberem*, *quæ mea de hac opinione sit sententia*, *dicerem*, *Doctores*, *quotquot hactenus controversiam istam moverunt*, *scrupulum in Jurisprudentia non invenisse*, *sed ex erronea hypothesi attulisse*. *Res ex ipsis fontibus optime cognoscetur*. *Cajus JCtus* lib. 3. Aureorum, *ut ostenderet differentiam inter veros & quasi contractus*, *item inter delicta vera & quasi*, *sententiam suam exemplis illustrare aggressus est*; *In quasi maleficiis autem primum exemplum affert de Judice male judicante*. Si Judex, *inquit*, *recensente Triboniano in* l. 5. §. 4. de O. & A. litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri. *Eadem verba Caji ex eodem* libro 3. rerum quotidianarum, seu aureorum desumpta *recensentur a Triboniano in* l. 6. ff. de extraord. cognit. *nisi quod iisdem in dict.* l. 6. *addantur sequentia*: ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit, pœnam sustinebit. *Unde obiter notamus*, *vel Tribonianum in* d. l. 6. *aliquid verbis Caji de suo addidisse*, *vel*, *quod magis credo*, *in* dict. l. 5. §. 4. *eadem truncata recensuisse*, & *ita novum exemplum extare Emblematum Triboniani a Wissenbachio non observatum*. *Quicquid hujus sit*, *Tribonianus verba* l. 6. ff. de extraord. cognit. in princ. Inst. de oblig. quæ quasi ex del. nasc. *transtulit omnia*, *exceptis*: *IN FACTUM ACTIONE*. *Jam dico*: *omnem illum scrupulum*, *quem Doctores circa differentiam inter Medicum & Judicem imperitos faciunt*, *provenire ex falsa hypothesi*, *quasi actio legis Aquil. semper præsupponat verum delictum*. *Nam quando Cajus in* l. 4. ff. de O. & A. *ex qua desumptum est* princ. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. *dicit maleficia esse furtum*, *rapinam*, *damnum*, *injuriam*, *per damnum non intelligit omne damnum*, *sed dolo datum*. arg. l. 5. §. 4. 5 & 6. ff. eod. *Deinde quamvis Tribonianus post explicata furta & rapinas* in tit. 3. lib. 4. *etiam tractet Legem Aquil. non tamen putandum est*, *quasi Lex Aquilia semper coerceat verum maleficium*. *Hoc enim nullus veterum JCtorum asseruit*, *quin potius*, *quia in Legem Aquil. quoque omnis culpa venit*, l. 44. ff. ad L. Aquil. *necesse est*, *ut quandoque L. Aquilia etiam coerceat quasi maleficium*. arg. d. l. 5. §. 4. 5. 6. ff. de O. & A. *Quoniam vero L. Aquilia simul cum culpa dolum coercuit*, *non potuit Tribonianus in recensendis actionibus*, *quæ ob maleficium dantur*, *omittere actionem Legis Aquiliæ*, *quippe quod una fidelia & dolum & culpam*, *verum maleficium & quasi dealbat*. *Neque enim & Tribonianus unquam asserit Legem Aquiliam solum ex vero delicto oriri*, & *si assereret*, *certe hæc assertio cum JCtorum Philosophia parum conveniret*. *Ex his puto patere*, *frustra quæstionem a Dd. formari*, *cur Judex imperitus teneatur ex quasi delicto*, *medicus vero imperitus ex vero*. *Nam quis unquam JCtus dixit*, *medicum imperitum ex vero delicto teneri*? *Si ergo respondeas*: *quia tenetur ex Lege Aquilia*; *instabo*, *vitium consequentiæ hactenus fuisse ostensum*. *Denique & ad statum controversiæ*, *prout nos eundem initio formavimus*, *cur nempe medicus imperitus teneatur actione L. Aquiliæ*, *non autem teneatur Judex imperitus*; *Eadem prope est responsio*: *Falsum scilicet esse iterum*, *quod Judex imperitus non teneatur Legis Aquiliæ actione*. *Neque enim & hoc Cajus*, *aut alius JCtorum unquam scripserunt*. *Et si iterum inferre velis*: *Judex tenetur ex quasi delicto*, *ego non ex L. Aquilia*, *negabo ergo iterum con-*

Digitized by Google

consequentiam ob modo dicta . Cum enim Caii intentio sit declarare differentiam verorum & quasi delictorum , seu culpæ & doli , per exempla sumpsit ea , quæ primum ipsi inciderunt , & ita etiam Judicis per imperitiam , quæ culpa est , male judicantis . Si de Medico imperito tum temporis cogitasset , credo & hoc exemplum ab eo fuisset appositum . Quin imo dum in l. 6. ff. de extraord. cognit *dicit , Judicem imperitum teneri in factum actione , hanc in factum actionem commode per actionem Legis Aquiliæ utilem explicari posse arbitror ,* vide quæ dixi in Phil. Jur. §. 148. *Cur vero Tribonianus omiserit* in pr. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nasc. *mentionem facere dictæ in factum actionis , ipse viderit .* (II.) *Hoc præmisso, intempestive dictum fuit ab Hubero de doctrina non visa , nimis enorme videri , quod actio Legis Aquiliæ debeat hic locum habere .* (III.) *Aut antinomia statuenda erit inter* pr. Inst. h. t. & d. l. 15. *aut dicendum, Judicem imperite judicantem , de quo loquitur* d. §. 1. *etiam condemnandum esse in veram æstimationem , cujus mentionem facit* d. l. 15. *absurdum enim esset , culpa delinquentem gravius esse condemnandum , quam dolo . Igitur* (IV.) *falsum est , diversitatem condemnationis pecuniariæ , quando dolo vel culpa male judicatum sit, evidenter collocari* d. l. 15. §. 1. *etsi hæc lex tantum doli mentionem faciat.*

Sed quid hoc, quod Medicus imperite faciens artem suam , vere delinquit , §. 7. *de Lege Aquil.* ? Judex imperite judicans non æque? Quæ ratio differentiæ ? Videtur , quia Judicis munus est publicum, quod invitis imponi potest , cum eo lenius agi quam cum illo , qui privatim suoque arbitrio peritiam artis profitetur ; vel potius , quia Medicus corpus lædit, quod est damnum Legis Aquiliæ ; Judex sententiam pronuncians , a læsione corporis aut rei corruptione nimium procul abest.

SCHOLIUM.

Sed hoc nusquam in jure dicitur . Adstruxi contrarium ad Strauch. d. p. 262. seq. *ubi & differentiam, quam Noster , communem Interpretum sententiam secutus , exhibet , examinavi .*

RESPONSIO.

Non recte se habet hæc καινοτομια . Justinianum ita existimasse . Damnum Legis Aquiliæ , quo pertinet medicina prava & noxia , esse verum delictum , nemo dubitare potest , qui vel princ. Inst. in fin. *cum serie titulorum* de Lege Aquilia & quasi delictis *contulerit . Plura in hanc sententiam addit Scholia D. Thomasius , quæ cum in idem principium resolvantur , prætervehimur .*

N. ADDIT.

I. *Ego contra provoco ad ea quæ dicta sunt in nova additione* ad tit. de L. Aquil. n. 3. II. *Ex istis Scholiis , quæ hoc loco prætervectus est Autor , istud saltem non debebat omitti , quod dedimus ad positionem 4. utpote quod hypothesin nostram de conceptu quasi delictorum , & illustrat & ulterius confirmat . Cum Justinianus actionem de dejectis vel effusis , positis vel suspensis, item adversus nautas , caupones & stabularios , ad quasi delicta referat , ea de re sequentia adnotavi .* Quomodo actiones hujus & sequentium quasi delictorum ab actione legis Aquiliæ differant , ostendi ad Strauch. XIX. 17. p. 264. seqq. *Ibi vero continuaveram discursum supra* ad tit. de L. Aquil. n. 3. *excerptum , sequenti modo . Nullane ergo , inquies , differentia inter quasi delicta & culpam quæ ex L. Aquilia coercetur ? Ita videtur quidem ex iis , quæ diximus , inferri posse . Nam si Lex Aquil. coercet omnem culpam , & culpa constituit formale quasi maleficii , sequetur , quod ex omni quasi maleficio oriatur actio legis Aquiliæ , & consequenter frustraneum sit , obligationem ex quasi delicto seorsim a doctrina de Lege Aquilia exponere . Sed salva res est . Distingui enim omnino debet culpa propria in eam , quæ est causa vera aut immediata damni dati , & quæ est ejus causa per accidens aut mediata . In his , quæ sequuntur quasi delictis , coercetur culpa propria quidem , sed quæ damni dati saltem est causa per accidens aut mediata . At lex Aquilia coercet culpam istam quæ damni dati causa vera est : adeoque ita pronunciandum erit : Omnis culpa , quæ coercetur ex lege Aquilia , est quasi delictum : & huc refer etiam Judicem imperite judicantem , sed non omnis culpa , seu quasi delictum , coercetur per legem Aquiliam , quo refer ea exempla , quæ in hoc §. recensentur . Tum continuaveram in scholio alias differentias reliquorum quasi delictorum a coercitione culpæ per actionem legis Aquiliæ ostendere , & quidem sequentes . Posses etiam dicere , vel de his culparum generibus dubitatum fuisse , an inter culpas referri deberent , ut adeo speciali declaratione fuerit opus , vel propter interesse & utilitatem publicam gravius in has culpas fuisse observatum , quam in reliquas per legem Aquiliam , quod in actione de dejectis , & adversus Nautas , perspicuum est , unde & actio de dejectis vocatur actio legis Aquiliæ ,* in l. 5. §. 4. de his qui effud. *sc. propter naturam communem . At in actione de suspenso , manifesta est ra-*

Digitized by Google

ratio differentiæ. Hic coercetur metus incussus & damnum dandum, in lege Aquilia damnum datum. Ad hæc vero omnia, quod hic tacuerit Autor, an solum illa causa fuerit, quod putaverit omnia in idem principium resolvi, an alia, alii judicent.

3. (c) Altero quasi delicto tenentur habitatores cœnaculorum, seu domini, sive conductores, ex quorum cœnaculis aliquid dejectum vel effusum est, quod transeuntibus nocuit damnumve dedit, §. 1. *pr. h. t.* Videtur enim ipsis imputari posse, quod hominibus adeo protervis, aut socordibus usi sunt. *l. pen. de his qui effud.* Tenentur ut plurimum in duplum damni dati, nisi liber homo sit interfectus, quo casu est pœna 50. aureorum; quia liberum corpus nullam recipit æstimationem, proinde nec duplum, *l.* 1. §. 5. *eod. tit.* homine autem vulnerato, agitur in impensas & id quod interest, §. 1. *h. t.* ubi perinde cicatricum, aut deformationis non habetur ratio, *l.* 5. §. 5. & *l. ult. de his qui effud.* quoniam & hæ sunt affectiones liberi corporis inæstimabiles. *d. ll.* Aliter D. Voet. hodie censet *h.* Contra plures habitatores actio datur in solidum, ut uno tamen solvente, reliqui liberentur, quod secus est in veris delictis. *l.* 11. §. 2. *ad L. Aquil.* Qui vero seorsim habitat, separatim quoque tenetur. *l.* 5. *in pr. de his qui effud.* Cæterum, de hac actione quæri solet, an, si ex studiosi cubiculo sit aliquid dejectum vel effusum, in ipsum quoque danda sit actio ex quasi delicto. Datur quidem hæc actio in habitatores, tam in conducto quam in proprio. *l.* 1. *in pr.* & §. 9. *de his, qui effud.* Sed hospes non tenetur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; is autem tenetur qui hospitium dederit. Qui, inquam, domicilium habent, hi tenentur, non peregrinantes. *d.* §. 9. Studiosus autem vereor, ne non conductor potius, quam hospes dicendus sit, quia sane conducit, & habitat, si animum aliquandiu commorandi habeat, ut fit. Forte etiam est alia ratio conductoris cœnaculi ac unius cubiculi. Nam cœnaculum præter cubiculum continet exedras & medianum, *l.* 5. §. 2. *eod.* comparatumque est in usum integræ familiæ; cum in studiosi cubiculo ea, quæ occasionem huic judicio præbent, ab iis qui cubicula locant, proficisci soleant, tametsi prætor in Edicto suo non meminerit cœnaculi: sed generaliter ait, *unde in eum locum quo vulgo iter fit. l.* 1. *de his, qui effud. vel dejec.* Forte non abs re fuerit Distinctio; ut si quid dejectum vel effusum fuerit sordium & purgamentorum, teneatur ædium conductor; si quid luxuriam adolescentiæ redolens, nihil causæ sit, cur Studiosus immunis habeatur. Vid. D. Wissenbach. *d. disp.* 43. *th.* 23. Vigl. ad *l.* 17. *de Reb. cred. n.* 12. quibus adsentitur Scholiastes noster.

4. Tametsi autem filiusfam. seorsim a patre habitet, quia nihilominus jure Civili manet in ejus potestate, ideo quæritur, an pater etiam ex prædictis actionibus de peculio teneatur, quod negatur in §. 2. *h.* quia de peculio Pater non nisi ex contractibus tenetur, minime ex delictis veris aut quasi, *l.* 1. & *t. de pecul.* tametsi, in pecuniam condemnato ex his causis filio, contra Patrem actio rei judicatæ detur. *l.* 3. §. 11. *de pecul.* Quid autem hoc est, quod in *l.* 15. *pr. de judic.* scriptum est, *filiusfamilias judex, si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat?* Solet quidem responderi, non genus actionis ibi, sed quantitatem duntaxat, in quam sit condemnatio, significari; sed unde relatio quantitatis illius ad peculium, si de peculio actio non fuit? Forte non abs re dixit Accursius; accipiendum id esse de actione rei judicatæ quæ filio condemnato in Patrem datur, ut paulo ante diximus (1).

5. (d) Ultimum quasi delictum est; Nautæ, caupones, stabularii, quorum famuli (*) res viatorum & hospitum, quas recepere, surripuerunt, tenentur actione in factum in duplum ex quasi delicto. §. *ult. h.* (ipsi famuli scilicet vere fures sunt) *l.* 7. *in pr.* & §. 1. *Naut. caup. stabul.*

SCHOLIUM.

(*) *Non servi. Horum enim nomine, si proprii sint, liberantur domini noxæ deditione* l. un. §. 5. furti adversus nautas. l. ult. §. 3. & 4. naut. caup. stabul.

Si res ab aliis quorum opera non utuntur, hospitibus & viatoribus surreptæ sint, in simplum tenentur actione de recepto (α) *l.* 1. §. 6, & *seqq. d. tit.* quia tum nihil Nautis &c. imputari potest, nec enim repellere possunt iter agentes, *l. un.* § *ult. Furt. advers. naut. caup.* civiliter scil. & ordinarie. Nam si propius advertere velint animum, est in eorum arbitrio (β) quem velint recipere, quem nolint *l.* 1. §. *Naut. caup. stabul.*

(c) *Pos.* 4. 5. & 6. (d) *Pos.* 8. 9. & 10.

SCHO-

(1) *Nihil his Auctor de eo, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit alicui nocere. Addemus itaque hic ejus positionem 7. ad hunc titulum, ubi sic:* Qui aliquid positum vel suspensum habuit in publico loco, quod transeuntibus nocere queat, tenetur in decem aureos actione populari, quæ datur cuilibet e populo. §. 1. h. t. l. 5. §. 6. & *ult. de his qui effud. vel. dejec.* Hæc res hodie magistratibus curæ est, nec manet usus hujus actionis.

Digitized by Google

SCHOLIUM.

(α) *Quæ oritur quasi ex contractu*.

(β) *Est utique, sed recipere tamen hospitem ipsis non in culpam imputari potest, sed potius* in d. l. 1. §. 1. *ratio æquitatis continetur, quæ facit quasi contractum*.

RESPONSIO.

Quod Scholiastes actionem de recepto in simplum dicit oriri ex quasi contractu, non tam displicet, quam ratio qua id adfirmat. Sola æquitas non sufficit ad quasi contractum producendum. Sed id, quod species affinis sit contractui, nec multum inde absit, quemadmodum heic receptio non procul ab obligatione ad restituendum abire videtur. Dari plures quasi *contractus illis quinque speciebus enumeratis* in tit. de oblig. quæ quasi ex contr. *concedere licet; non æque esse quasi contractum, ubicunque se prodit æquitas præstationis*.

N. ADDIT.

Hic ante omnia doctrina nostra de conceptu quasi contractuum plenius est inculcanda ex novis additionibus ad Pandectas tit. de Procur. n. 4. & ad Exhibendum n. 1. *Ex illis patebit, non solam æquitatem sufficere ad quasi contractum, sed supponi etiam insuper factum aliquod innoxium nemini directo damnum dans, qualis est hic receptio, quod adeo facit ejusmodi actus esse affines contractibus, uti facta noxia, sed sine dolo sunt affinia delictis. Interim ex h. l. acceptandum est, quod Autor fateatur dari plures quasi contractus, quam in tit.* de oblig. quæ quasi ex contr. *enumerati sint. Unde cadit illa acerbior strictura, vel certe Autorem ipsum ferit, qua infra* ad d. tit. ad exhibendum *philosophiam meam notare voluit, quod juris terminos egrediatur, & suo arbitratu numerum quasi contractuum, ubi lex tacet, multiplicet*.

Cessant hæ actiones, si nautæ &c. prædixerint ut quisque sibi vigilaret suaque custodiret, *l.7. pr. eod.* non cessant eorum respectu qui gratis navigarunt. *l.6. pr. h.* Aliter Wissenb. *ad ff. h. t. th.27.* Addatur inde; prædictionem non tollere has actiones, nisi iter facientes & hospites consenserint, *ex d. l. 7. in pr.* discrimen, quod amplius tradit Wissenbachius, parum liquet.

TIT. VI.

De Actionibus.

I. Continuatio. II. Definitio actionis. III. Divisio prima, & quid actio in rem. IV. Quid actio in personam. V. De civilibus in rem actionibus, nominatim de confessoria. VI. Differentia ejus a vindicatione rerum corporalium. VII. Actiones in rem pretoriæ, ubi de Publiciana. VIII. De rescissoria. IX. Pauliana. X. Serviana. XI. Hypothecaria. XII. Pretoriæ in personam, ubi de constituto. XIII. De jurejurando. XIV. Pretoriæ pœnales. XV. De præjudiciis. XVI. De nominibus diversis differentiaque actionum in rem & in personam. XVII. Secunda actionum divisio summa, in rei persecutorias, pœnales & mixtas, & de rei persecutoriis speciatim. XVIII. De pœnalibus & de mixtis. XIX. De mixtis in rem & in personam. XX. Tertia divisio in simplum, duplum &c. XXI. Quarta divisio in actiones bonæ fidei & stricti juris. XXII. Quænam sint bonæ fidei. XXIII. De rei uxoriæ actione. XXIV. Differentia inter actiones bonæ fidei & stricti juris, ubi de compensationibus. XXV. Actiones arbitrariæ exponuntur. XXVI. De certitudine sententiæ, pœnisque plus petentium. XXVII. De minus petentibus, atque emendatione libelli. XXVIII. Quinta actionum divisio summa, in solidum & minus. XXIX. De his qui habent beneficium, quoad facere possint. *XXX. Aliæ divisiones, in actiones directas, & contrarias, item in directas & utiles. XXXI. In generales & speciales, item in simplices & duplices. XXXII. In petitorias & possessorias. XXXIII. De concursu actionum.*

(a) INtelleximus quæ sint jura ratione status personalis aut patrimonii civibus comparata. Sed quod Pomponius in *l. 2. §. 13. de O. J.* de magistratibus ait, *per eos effectum rei accipi*, id de actionibus merito prædicatur: quantum enim est, jus in civitate esse, nisi sint actiones quibus jura exerceantur! Quod cum omnibus populis, qui legibus & moribus regun-

(a) *Pos. 1.*

Digitized by Google

reguntur fit commune, nihil hærendum, quin actiones instituto originali sint juris Gentium; tametsi nulla forte pars juris gentium majori accessione juris civilis apud Romanos locupletata est, quam quæ de actionibus conscripta est, unde passim actiones vocantur civiles, & obligatio naturalis cum primum vi actionis prædita esse cœpit, confestim juris Gentium esse desinit ac incipit esse Juris Civilis. Vid. D. Wissenb. *parte* 1. *Pandect. disp.* 4. *th.* 7. Diss. Bronch. 2. *miscell.* 55. & Dd. communiter, teste Mynsingero *ad hoc pr. n.* 4. Ferme igitur tam late hoc caput de actionibus, quam totum jus, non modo per Institutiones, sed etiam per Codicem atque Novellas diffusum, patet, cui proinde summa cura sine dubio a studioso juris adhibenda, quibus ingens copia scriptorum in hoc genere abundat. Nomen actionis ab agendo, non *παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγνώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον*, *ab agendis reis ad tribunal*, ut Theophilus *ἀγωγάς*, qua voce Græci *actiones* exprimunt, derivat; sed quatenus agere significat facere & gerere, significatione generali in hunc usum peculiariter accommodata, ut nihil sit frequentius, quam agere actione seu judicio, *l.* 22. *de liber. caus.* &c. etiam agere actionem non est insolens, etiam actio agi dicitur. *l.* 5. §. 1. *de Rei vind.* &c. V. Briss. *de V. S. in Agere*.

2. (b) Sed ut ad rem veniamus, actio dupliciter consideratur, primo ut jus nobis competens adversus alium, & sic pertinet ad secundum juris objectum. *l.* 49. *de verb. signif.* Deinde pro remedio, quo ipso actu persequimur id quod nobis debetur, atque hoc sensu peculiare & tertium juris objectum constituit. Definitur hic *in pr.* quod sit Jus persequendi in judicio quod sibi debetur; ubi verbum *debet* late accipiendum, ita ut dominium quoque comprehendat, omnibusque in universum actionibus conveniat, secundum *l.* 178. §. *ult. de verb. sign. l.* 108. *eod.* tametsi plerumque *suum* esse atque *deberi* invicem opponantur. *l.* 27. §. 2. *de Aur. arg. leg.* Quare nihil necesse videtur, hunc imputare juris conditoribus errorem, quod universo tractatui de actionibus definitionem uni modo speciei convenientem præfixerint, ut post alios paucos arbitratur D. Wissenbach. *ad hunc tit. th.* 4 adde Bronchorst 4. *antin.* 30. & 2. *miscell.* 53. *in fin.* Et vel eo maxime nimis arbitraria summorum virorum illa reprehensio est, quod iidem correcturi definitionem Cæsaris, pro verbis *id quod nobis debetur*, substitui volunt, *quod suum est*, cum tamen *suum* æque proprie *debito*, quam *debitum suo* opponatur, ut e textibus modo citatis, etiam ex *l.* 9. §. *ult. de suppell. leg. l.* 74. *de Legat.* 3. liquet; adde Brisson. *de V. S. verb. Suum. ubi; verbo suum, dominium significari* &c. Non est abs re, cum actio dicitur jus persequendi *in judicio*, scire quid hoc sit. Est igitur Judicium legitima causæ disceptatio, quæ fit apud judicem ex parte Actoris & Rei, litis finiendæ gratia. Cujac. *paratit. C. de judic.* In qua definitione tres indicantur personæ judicium constituentes, Actor, Reus & Judex. Actor est qui provocat ad judicium. Reus qui provocatur. Judex ad quem fit provocatio, per *l.* 13. *& seqq. de judic.* Secundum has personas tractatus de Judiciis heic instituitur: primo de jure Actorum, mox de jure Reorum, tertio de officio Judicis. Atque hoc *ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, plenius de illis in Pandectis agetur. Nam heic nobis consilium est de natura & proprietatibus actionum breviter loqui; minime vero congerere in hunc locum, quæcunque tam de actionibus quam de causis earum proferri possent; ita enim hic titulus cresceret in immensum.

3. Justinianum igitur actionis vocabulum in latiore significatu accipere, palam est, ut etiam Interdicta, hoc est judicia quibus de possessione disceptatur, & petitiones, quæ proprie actiones in Rem sunt, & persecutiones, quæ sunt extraordinariæ cognitiones, in quibus ipse Prætor causam cognoscebat neque judex pedaneus dabatur, comprehendat, *d. l.* 178. & *l.* 34. *de V. S. l.* 37. *de O. & A.* ut tamen ad publica de criminibus judicia nomen actionis hoc loco non pertineat. Etenim hæ proprio nomine Accusationes appellantur in *tit. D. de Accusat. & l.* 10. *in fin. de jur. Patron. l.* 14. §. 8. *de bon. libert.* (c) Secundum hæc; Divisio Actionum prima & summa est, quod vel in rem sint vel in personam. §. 1. *h. t.* In rem actio dicitur, quæ ex jure in Re datur adversus quemlibet possessorem ad vindicandam rem, vel adserendum jus in re constitutum, qua de re videantur ea, quæ dix. *ad tit. de rer. divis. n.* 11. *& sequ.* Agnoscimus autem jura in re quinque numero: 1. Dominium, unde nascitur rei vindicatio. 2. Jus dominio proximum, unde utilis in rem actio, quæ datur Emphyteutis & superficiariis. 3. Servitus, unde est Actio confessoria. 4. Pignus, unde actio hypothecaria. 5. Hereditas, unde hereditatis

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. 4. 5.

Digitized by Google

ditatis petitio & querela inofficiosi *Testamenti.* Apparet itaque, dominium proprie dictum, de quo vid. *d. n.* 11. non esse causam actionis in rem adæquatam, sed ea gratia terminum juris in Re non incommode esse repertum. Nec alia nobis ratio constat, quamobrem hosce Juris Pontificii terminos, ut alias dictum, in usum artis recipiamus, quam quod æquabile fundamentum in rem actionum nobis suppeditant. Proinde cum nec ejus natura consistat in alia re, quam quod rem, ubicumque sit, afficiat, actionemque adversus quemcunque possessorem producat, necessarium dictu est, ea jura, quæ non pariunt actionem in Rem, non esse jura in Re, nec eo nomine posse appellari; sed hoc ipso, quod quis aliquod jus non producere in rem actionem fatetur, is simul immediate non esse hoc jus in Re affirmat. Quare, quod jus dotis nonnemo inter jura in Re numerat, cujusmodi sit, confestim intelligit, qui nullam in Rem actionem, qua dos universa a quolibet possessore petatur, in jure proditam esse considerat. Agit equidem maritus in rem actione ad petendas res singulas. Sed ea est ordinaria Rei vindicatio, quæ ex jure dominii competit, ut est *in l. 9. de R. V.* Egimus hac de re plena manu in *lib.* 4. *Digress. cap.* 9. & in animadv. quæ subjectæ sunt *Cap.* 10. *secundæ edit. cap.* 17. Eadem ratio fortiter evincit, possessionem non esse jus in re, quia nec inde ulla in Rem actio proprie nascitur; etenim interdicta, quæ propriæ de & ex possessione nascuntur, sunt actiones in personam *l.* 1. §. 3. *de Interd.* ut inferius patebit; Publiciana vero, licet bonæ fidei possessori detur, non est tamen ex possessione, ut mox videbimus. Plane quid de natura possessionis hac in Parte sit statuendum, *ad tit. de Interdictis* disputabitur, & disputavimus in *d. lib.* 4. *Digress. c.* 10. *& animadv. c.* 18. *& seqq.*

4. Termini igitur actionis in Rem, sunt a parte actoris Jus in Re, a parte rei possessio. In actione in personam, utrimque est obligatio. Nihil enim est aliud actio personalis, quam quæ datur adversus eum qui nobis obligatus est ad dandum vel faciendum, *l.* 25. *de O. & A.* Obligatio autem constat duabus partibus, jure creditoris & onere debitoris. Hoc onus, sive jus illud, quo quis nobis tenetur ad dandum vel faciendum, vocatur vulgo in scholis jus ad rem, §. 2. *h. t.* de quo vid. similiter ea, quæ diximus ad *d. n* 11. Vocabulo juris ad rem facilius carere poterat Ars juris, quam Juris in Re, quia nihil est in eo Jure quod ad Rem dicitur, quin etiam sit in obligatione. Nam obligatio est vinculum inter utrumque tam debitorem quam creditorem, *l.* 42. §. 2. *de Procurator.* nec sane tantum respectu debitoris, sed etiam maxime creditoris intuitu; cum enim Leges ajunt, obligationes ad hoc esse inventas, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest, *l.* 38. §. 17. *de V. O.* §. 19. *Inst. de inutil. stipul.* manifesto cum respectu ad creditorem loquuntur, perinde cum obligatio cedi, vendi, in solutum dari, pignorari dicitur, ea creditoris intuitu potissimum intelliguntur: adeo frustra sunt, qui obligationem soli debitori inesse contendunt, qua de re dix. *animadv. cap.* 13. Est tamen ita, quod jus creditoris appellari queat jus in personam, quia nascitur inde actio in personam, vel, quia sic usus fert, *jus ad rem*, scilicet obtinendam; & tunc onus debitoris *obligatio* peculiari sensu diceretur, quatenus sæpe fit, ut nomen generis aut Integri ad unam speciem vel partem restringatur. Sed uti Jus ad rem ponatur ut effectus obligationis, adeoque dicendum sit ex obligatione nasci Jus ad Rem & ex jure ad Rem actionem in personam, nimis a jure alienum atque pravum est, quod abunde *lib.* 4. *Digress. cap.* 5. refutavimus, & in *animadvers. cap.* 11. In definitione actionis in personam, ait Imper. §. 1. per eam nos intendere, adversarium nobis aliquid dare aut facere oportere *& aliis quibusdam modis*. Hæc verba Vultejus *discept. scholast. C.* 4. refert ad actiones præjudiciales. Donellus ad *h.* §. 1. ad quasi contractus & quasi maleficia. D. Wissenbach. ad hunc *tit. th.* 10. ex Cujacio, ad actiones in rem scriptas. Hotomannus & Myntingerus ad diversam agendi formulam, quam in dando & in faciendo, quibus & Vinnius accedit: veluti in actione commodati, depositi, pignoratitia, empti, conducti, non agitur ad *dandum*, quod est dominium transferre, nec ad faciendum, proprie loquendo, sed ad præstandum atque restituendum. In qua explicatione libenter acquiescimus; tametsi forte nec reliquæ interpretationes omnino rejiciendæ fuerint.

5. (d) Primo omnium hic agitur de Actionibus in rem, quæ vel civiles sint vel prætoriæ. §. 3. *h. l.* 25. *de O. & A.* Civiles, ut rei Vindicatio, Actio in rem Utilis, Hereditatis petitio, & *Confessoria* de qua §. 2. De reliquis Justiniano visum non fuit heic agere, sed earum Pandectis tractatum reservavit: Proinde, nos qui

(d) *Pos.* 10. 11. 12. 13. 14.

Digitized by Google

qui simpliciter Cæsaris methodum sequimur, de rei vindicatione, hereditatis petitione, utilique in rem actione tantisper agere differemus: de confessoria videamus. Est autem CONFESSORIA nihil aliud, quam actio in rem Civilis, qua quis servitutem sibi vel prædio suo competere contendit, veluti, jus sibi esse fundo vel ædibus utendi fruendi, per fundum vicinum eundi, agendi, vel aquam ducendi, item jus sibi esse oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii recipiendi, & similes §. 2. *h.* Scilicet hæc actio competit, ubi servitus jam est adquisita; nam si tantum promissa, non nisi ex stipulatu agendum; nisi forte, si testamento relicta sit, videatur & confessoria agi posse, per ea, quæ diximus *ad tit. de servit. n.* 10. Huic opponitur actio Negatoria, qua alter negat suum prædium debere servitutem: ex qua definitione satis liquet, negatoriam actionem non esse ex servitute, sed contrariam servituti, & ex jure libertatis, quæ dominio cohæret. Cæterum datur hæc negatoria domino possidenti fundum; quod in rebus corporalibus non fit; nam possidentes tuentur se commodo possessionis, non agunt rem suam esse, præterquam uno casu in *fine h.* §. 2. quem tamen unum casum nemo adhuc monstrare potuit, nisi legendum sit, *hoc uno casu*, tali sensu, quod possidenti non detur actio in rem, excepto hoc casu actionis negatoriæ.

6. Plane in hoc articulo duplex movetur difficultas, primo enim dicam scribit Justiniano Wissenbachius noster *disp. ad h. t. th.* 14. *Actio negatoria*, inquit, *ex sententia Justiniani non habet locum in controversiis rerum corporalium*. §. 2. h. *Rationem reddit Cæsar, quod, in hisce controversiis agat is, qui non possidet; sentit ergo Imperator actionem negatoriam possessori tantum competere, quod falsum est, competit utrique & possessori & non possessori*, 16. §. 1. l. 8. §. 3. si servit. vind. *ut, si postquam ædificatum fit, agam, tibi non esse jus altius tollendi: Item, Si postquam tigna immissa sunt, agam, tibi non esse jus immittendi. d. ll* Utcunque autem vir Summus Cujacium & Contium laudet auctores, hac parte non dubito, quin nullo merito Justinianus redarguatur. Etenim primo non est in ejus verbis, quod negatoria semper detur possessori; sed hæc est ejus simplex ratiocinatio; Negatoria actio non datur de rebus corporalibus, quoniam in illis nunquam fit ut actor possideat, verum is, qui non possidet actoris ibi partes sustinet: hoc enim agit, ut possessionem simulque rem ipsam adipiscatur; negatoria datur etiam possessori; *etiam*, inquam; hoc per consequentiam a Justiniano dictum, facile intelligitur: Atqui illam ipse consequentiam D. Wissenb. concedit. Præterea mihi quidem Imperator, etsi dixisset negatoriam semper dari possessoribus, tamen reprehendendus non videretur; sine dubio enim hoc de possessoribus fundi, non juris servitutis intelligit, ut ex comparatione possessoris rerum corporalium intelligitur: At semper ita, ni fallor, accidit, ut is qui negatoria experitur, fundum, a quo alius petit servitutem & cujus ille vindicat libertatem, possideat. *l.* 2. *si servit. vindic.* Textus autem, quibus utitur D. Wissenbach, agunt de possessione juris, quod longe est aliud. Ex gr. debeo servitutem vicino altius non tollendi; quamdiu non ædificavit altius, vicinus quasi possessor manet juris ne mihi liceat altius tollere. Ego vero sum possessor fundi servientis: at postquam ædificavi, tunc ego quoque sum possessor juris & fundi simul. Neque tamen video, tali casu actionem negatoriam dari tam possidenti quam non possidenti. Datur ei, qui non possidet jus servitutis quod sibi vindicat, adversus possidentem jus contrarium libertatis. Igitur si Wissenbachius de jure loquitur, verum non est dari negatoriam possidenti æque ac non possidenti: si de fundo, non recte contradicet Justiniano adserenti, negatoriam hoc habere peculiare, quod detur possidenti, cum aliæ in Rem actiones possidentibus nunquam dentur.

Alter scrupulus, quem nobis hic reliquit Imperator, est is, quod uno casu dixit evenire, ut is qui possidet, nihilominus actoris partes obtineat. Mirifice desudant Interpretes, ut unum ejusmodi casum reperiant, quo possessor rei corporalis agat in Rem: quorum omnium cogitationes refellit noster D. Wissenbach post A. Matthæum ad hunc §. 2. vid. *disp.* 44. *ad Inst. th.* 16. Secundum hoc igitur ille casus κεῖται ἐν ἀποκρύφοις, *est. res inexplicabilis*. Malim esse contentus ea expositione, quam viri maximi, Goveanus 1. *var. lect.* 41. Cujacius & Hotoman. *ad hunc* §. 2. Mornac. *ad l.* 6. *si Servit. vind.* aliique sequuntur, casum illum unicum non esse alibi quam in hoc *ipso* §. 2. quærendum; scilicet in servitutibus fieri, ut is, qui possidet etiam actoris partes teneat, quemadmodum modo exposuimus. Quam interpretationem luculenter executus videtur Theoph. quem in eadem fuisse sententia, perspi-

ſpicue, ni fallor, intelligi poteſt. Primo enim verba Juſtiniani ferme *κατα πόδας παραφράζει*, in quibus ſic erat ſcriptum; *Ei, qui poſſidet, non eſt actio prodita per quam neget rem actoris eſſe*. Rurſus; *uno caſu qui poſſidet actoris partes obtinet*, *ἐν ἑνὶ μόνῳ θέματι*, uno ſolo caſu. Poſt hæc expoſita, *παραφραστικῶς*, ut ſolet, repetitionem & exegeſin eorundem verborum inſtituit, uti primo rationem reddat, quare in actionibus in Rem negatoria locum non habeat; quomodo enim poſſeſſor ageret, inquit, Nego rem eſſe adverſarii; ergo eſt mea? At hoc non ſequitur; poteſt enim eſſe tertii. *ἀλλά ταῦτα μὲν ἐπὶ τῶν σωματικῶν*, *Sed hæc quidem in corporalibus*; *ἐπὶ δὲ ἀσωμάτων καλῶς κινοῦμεν τὴν* in rem *κονφεσσορίως*, *κινοῦμεν δὲ καὶ νεγατορίως*, *in rebus incorporalibus non modo confeſſorie, ſed etiam negatorie*, inquit, *recte agimus*. Licet enim ſic agere: Nego meum fundum tibi ſervire, peto igitur eum liberum tuæ dominationis declarari. De rebus corporalibus qui in rem agit, ex ſuo Jure experitur & concludit rem eſſe ſuam, petitque ſe dominum declarari; concluſio ut a petitione adverſarii liberetur, ibi nulla prodita eſt; ſufficit in eum finem interdictum & quod ſe commodo poſſeſſionis tuetur. Reddit ita evidenter rationem exceptionis Theophilus, *τοῦ ἑνὸς μόνου θέματος*, *unici caſus illius*, quem antea dixerat eſſe exceptum. Aliter Vinnius *hic*, aliique.

Præterea notandum, actionem confeſſoriam poſſe verbis conſtare negativis, & negatoriam affirmativis, quoties ſc. natura ſervitutis hæc eſt, ut actoris intentio negative exprimenda ſit. Exemplum; ajo te non poſſe altius tollere, hæc eſt Actio confeſſoria, id eſt, dico te mihi debere ſervitutem altius non tollendi: vice verſa, his verbis, ajo me poſſe altius tollere: conſtat Actio negatoria; ac ſi diceret actor, nego me tibi debere ſervitutem altius non tollendi. *l.* 4. *§.7. D. ſi ſervit. vindic.* Sed obſtat vehementer, quod Cæſar ſcribit *in d. §.2. Si quis intendat jus non eſſe adverſario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, proſpiciendive .... iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negativæ*. Simplex reſponſio eſt, ſervitutem altius non tollendi eſſe negativam, quando agimus de ſervitute altius tollendi, quam dedimus expoſitam *ſupra ad tit. de ſervit. n.* 7. Alii ſubtilius, dicunt a Juſtiniano illic *jus altius non tollendi* appellari jus dominantis, quo quis alium prohibere poteſt ne altius tollat: Cum igitur vicinus parat altius tollere, & dominans eum vult impedire; tum hic negatoriam habet, ac ita ait; Tu non habes jus altius tollendi, ſive, tibi non competit ſervitus altius non tollendi, qua me prohibere poſſis.

(c) *Poſ.* 15. *& ſeqq.*

7. (c) Sequitur alterum noviſſimæ diviſionis membrum, actiones in rem prætoriæ, quæ ſunt Publiciana, Reſciſſoria, Pauliana, Serviana, & quaſi Serviana ſive Hypothecaria. §.3. *h.* Prætor eas ex ſua juriſdictione producit, eo quod Legibus non erant jura in Re conſtituta, unde hæ actiones producerentur. Nec quidem ut nunc a Prætore ſunt ſtabilitæ ex juribus in Re oriuntur, præter duas poſtremas, quæ ex pignore naſcuntur; Reliquæ nihil habent, quod iis principium actionis in Rem tribuat, præter ſolam Edicti auctoritatem & æquitatem, quæ Prætorem movit; at hæc eſt generalis, nec profecto jus in Re eſt.

S C H O L I U M.

De Pauliana effatum auctoris concedo, non vero de Publiciana vel Reſciſſoria, utpote quæ ex dominio præſumpto oriuntur. vide Magnif. Dn. Born. d. l. c. 2. §. ult.

R E S P O N S I O.

Atqui Publiciana & Reſciſſoria actiones diſerte non dominis dari dicuntur, ut videbimus. Fictio dominii, cujus mentio fieri videtur in §. 4. & 5. *non inducit præſumptionem dominii, ſed potius ad effectum pertinet; vindicat rem ſuam eſſe ac ſi eſſet dominus: cum ſatis conſtet, eum non eſſe dominum, necdum ejus rei dominus effectus eſt; habetur* in d. §. 4.

N. A D D I T.

Et his ſuperſediſſet Autor, ſi ei locum Bornianum inſpicere licuiſſet. Dominium præſumptum, *inquit Bornius d. l.* voco illud, quod aut nondum eſt, aut fuit quidem, ſed jure ſtricto iterum amiſſum deprehenditur. *Hinc facile corruunt quæ Autor hic movet, quod hæ actiones dentur non dominis. Diſtingue inter dominium civile & prætorium, ſeu illud præſumptum: Deinde verum eſt, fictio dominii ad effectum pertinet, quod quis vindicet rem ſuam eſſe, ac ſi eſſet Dominus, ſed inde non ſequitur, quod ex eo non inducatur præſumptio Dominii. Quid ergo? Sane effectus teſtatur de cauſa. Ergo liceat illam rationem Autoris potius invertere. Et quidem non eſt ſimplex præſumptio quæ elidi poſſit, ſed præſumptio firmiſſima & ſimilis præſumptioni quam Doctores ſolent appellare juris & de jure.*

Vi-

Digitized by Google

Videamus singulas actiones ; PUBLICIANA datur ei qui rem bona fide justoque titulo actus a non domino, ante usucapionem impletam amisit, ad hoc, ut eam recuperet a quolibet possessore . §. 4.

SCHOLIUM.

Hanc ex dominio præsumpto agnoscit etiam Struvius Ex. XI. th. 40. *Autor id negat, quia* qui non habet dominium, is nec jus habet dominii . *Sed bonæ fidei possessor respectu aliorum habet utique dominium præsumptum , hactenus enim bona fides est* instar dominii . *Et hoc malo asserere, quam cum autore* d. l. fundamentum hujus actionis, deficiente tam dominio quam obligatione, esse æquitatem . *Ut enim causa hæc nimis generalis est , & in rei vindicatione etiam bonæ fidei possessor ex æquitate obligatur ad rem domino restituendam, ita quoque actionem hanc ex numero actionum personalium videtur extrudere, ut hoc pacto tertium genus actionum formandum sit, sub quo comprehendantur actiones neque ex dominio neque ex obligatione venientes.*

RESPONSIO.

Tale genus actionum , quæ neque e dominio neque ex obligatione sunt, dari probat l. 32. de Reb. Cred. *Lex vel Edictum sufficit actioni in rem producendæ . Quid autem est notius, quam oppositio domini & bonæ f. possessoris ? Verum est , hunc sæpe dominum præsumi quando veritas ignoratur, sed ubi palam actio datur tanquam bonæ f. possessori , nulla species eum appellandi dominum præsumptum superest .*

N. ADDIT.

Non sentit Autor , quod hac responsione contra seipsum disputet , ut qui supra ad tit. de Rer. Divis. n. 1. *Jus rerum ad duo summa capita retulerat , de dominio & obligationibus. Vel igitur ista partitio fuit insufficiens , vel non datur actio ad jus rerum pertinens quæ neque ex dominio neque ex obligatione fluat .* Lex 32. de rebus Cred. *continet speciem obligationis ex quasi contractu , quia ibi est factum innoxium regulis æquitatis subnixum . Denique si lex vel edictum sufficit actioni in rem producendæ , sufficit etiam ad producendum dominium tanquam fontem genericum actionis omnis in rem . Si ad hoc non est sufficiens , nec ad prius sufficiet. Ad reliqua jam responsum fuit in* nova addit. præced.

Fundamentum hujus actionis , deficiente tam dominio quam obligatione, est æquitas, quæ potius, ut res apud eum sit qui bonam fidem titulumque habet, quam apud alium , dictat. Ideoque non est opus mendacio, quod hic in §. 4. suggeri videtur , ut actor se dicat usucepisse, quod non usucepit ; (1) nisi juxta Theophilum addat , *ὡσανεὶ οὐσουκαπίτευσα, quasi usucepi* ; sane hoc verissimum est, actorem, qui non usucepit , agere heic nihilo secus ac si usucepisset , alioqui nulla in Pandect. *h. t.* figmenti hujus occurrit mentio . Denique non datur veris Dominis hæc actio , quia illis *necessaria* non est, *l.* 1. §. 1. *de Public.* pari sensu, quo in *l.* 24. *de capt. & de postlim.* capto a latronibus postliminium necessarium non est , cum nullo modo ei possit applicari ; simile est *in l.* 21. §. 1. *eod.* Regulariter non est quod desideret hanc actionem bonæ. f. possessor , potest tamen fieri ut ei sit necessaria, si forte dominii probationibus diffidens contentus sit agere vi bonæ fidei possessionis ; Nescio , an hoc sensu dissentiat D. Wissenbach. *ad tit. ff. de Public. in rem act. th.* 23. Domino qua tali , seque talem profitenti, non potest dari Publiciana : Non dicenti se talem , etsi vere talis sit , omnino dari potest. Denique nec contra verum dominum agi Publiciana , res ipsa loquitur . *l. penult. de Publ.* §. 4. *h. tit.* Excipe casum *l.* 31. *Ex quib. caus. maj.* ubi Reip. causa absens rem meam usucepit, cujus possessionem ego rursus sum nactus, eaque denuo ad illum , qui rem prius usuceperat , rediit; jam mihi contra illum , etsi per usucapionem dominio potitum , datur hæc actio . Sunt alii casus excepti *in l.* 72. *de R.V. l.* 57. *Mandati. l.* 28. *de Noxal. action.* ne quidem adversus alium qui cum titulo possidet , *l.* 9. §. 4. *de Public.* cum enim tu , qui Publicianam moves, nihilo plus juris habeas , potior est causa possidentis: est aliud , si rem ab eodem auctore nacti estis, nam tunc melioris est cui res priori tradita fuit, *d. l.* 9. §. 4. non est eadem species (*) in *l.* 31. §. *fin. de Action. empt.*

SCHOLIUM.

(*) *Ex mente JCtorum forte est eadem species . Conferenti enim unum textum cum alio, verba monstrabunt , hac parte dissensionem fuisse inter JCtos . Et mire variant Doctores de invenienda specie* d. l. 31. *quæ non pugnet cum* d. l. 9. §. 4. vide Strauch. XXII. 3. & ibi not. p. 293. Wissenb. ad ff. h. t. th. 26.

RESPONSIO.

Videbimus ad tit. ff. de Public. act. in fin. *& jam dix.* in posit. ibid.

N. ADDIT.

Mihi adhuc videtur subesse antinomia, & dis- tin-

(1) *Fundamentum hujus actionis esse dominium a pretore fictum , recte monet Hein. in not. ad Vinnium ad* §. 4. h. t. *num.* 7. *quem consule.*

Digitized by Google

tinctiunculæ Doctorum jam notatæ in allegatis locis, non esse sufficientes. Tu lector Judica ex ipsis textibus. In primo ait Ulpianus: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videndum, quis magis Publiciana uti possit: Utrum is, cui priori res tradita est, an is qui tantum emit. Et Julianus scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quæ sententia vera est. *Longe aliter philosophatur* Neratius *in altero textu*. Uterque nostrum eandem rem emit a non domino. Cum emptio venditio sine dolo malo fieret, traditaque est, sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a Domino emisset, is omnimodo tuendus est. *Hic cæcus sit oportet, qui non videat, Neratium Juliani & Ulpiani distinctioni contradicere voluisse.*

Cæterum, ex definitione Publicianæ & *d.§.* 4. satis liquet rem traditam esse oportere, quanquam heres fideicommissarius, etsi possessionem non sit adeptus, uti potest Publiciana, quasi hereditas pro illo possederit. *l.* 12.§.1.*de Public.* Ex justa quoque causa rem traditam esse oportere, similiter in definitione collatum est; ut tamen, si quis justo errore facti causam subesse putaverit, quæ non erat (velut, si emerit a furioso, quem ignorabat furere) licet emptio non valeat, *l.*5.*de R.J.* Publiciana nihilominus detur, *l.* 7. §. 2. *de Public.* non tamen contra ipsum furiosum, ut capienda videtur *l.* 2. §. 16. *D.Pro emptore.* (2) vid. D. Wissenb. *ad h. t. ff. th.* 24. Jam ex his quæ dicta sunt per se liquet, nullum jus in Re causam huic actioni præbere. Nec enim quisquam aut possessionem aut jus possessionis huc sana ratione adducere potest. Nam qui habet Publicianam, is amisit possessionem; habet jus recuperandæ possessionis; at hoc nemo jus possessionis dixerit: qui non habet dominium, is nec jus habet dominii, qui servitute caret, is nec jure servitutis gaudet. Sic nihilo magis jus possessionis habet, qui ipsa possessione privatus est, ut pluribus a nobis approbatum est in *lib.* 4. *Digress.cap.* 10. Proinde necessaria hinc est consecutio, Publicianam proprie non esse in Rem actionem, sed magis ex earum numero, quæ in rem scriptæ dicuntur; quarum hæc est natura, ut cum nullo ex jure in Re nascantur, tamen adversus quemlibet possessorem dentur (3).

8. (f) Altera ex Prætoriis in Rem, est RESCISSORIA, qua rescinditur usucapio in favorem ejus, qui per absentiam læsus fuit. Est autem duplex, una datur absentibus contra præsentes, altera præsentibus contra absentes, *l.* 1. *D. ex quib. caus. major.* utraque finiebatur olim anno utili, hodie quadriennio. §. 5.*h.l.ult.C. de temp. in int. restit.* Absentibus, scil. Reip. causa, datur actio, qua rem suam se absentibus usucaptam per præsentes, usucapione rescissa, revocant. Idem est, si actio per præscriptionem sublata sit, uti perinde res petatur, ac si præscriptio non esset absoluta. *d. l.* 1. §. 1. *Ex quib. caus. maj.* Præsentibus datur Actio contra quoslibet absentes, seu justa sive ex injusta causa, contra eos, inquam, qui defensorem non habuerunt, *l.* 22. *d. tit.* ac interim res præsentium usuceperunt, in hoc, ut rescissa usucapione, res revocetur atque restituatur. vid. de utraque hac actione *d. l.* 1. & *tit. D. ex quibus caus. majores*. Sed quæri poterat, an non hæc actio rescissoria sit supervacua, ex eo, quod in *l.* 1. *in fin. C. de annal. except.* scriptum est, non valenti agere non currere præscriptionem; At hæc regula de ejusmodi impedimentis intelligenda est, quæ personam ad agendum inhabilem reddunt, veluti filium dum est in potestate, mulierem constante matrimonio: sed impedimenta alia extrinsecus etiam a jure obvenientia, præscriptionis quidem initio obstant, sed rite inchoatam sistere non possunt. Bachov. *disp.* 3. *de Action. th.* 27. *in fin.* Cæterum jure novo post *l.* 2. *C. de Annal. except.* non videtur hæc restitutionis species, quæ datur præsentibus contra absentes, amplius necessaria; quoniam is, adversus quem usucapio vel præscriptio inchoata est, libello duntaxat oblato, etiam absentis præscriptionem

(f) *Pos.* 19. 20. & 21.

(2) *Putem frustra tentari conciliationem inter hos textus; etenim Ulpianus in* l. 7. §. 2. de Public. *ex eo quod usucapio admissa sit, statim infert: ergo &* Publicianam habebit. *Sed hanc sequelam non admittit Paulus in* l. 2. §. 16. pro emot. *mutua ratione* l. 24. ff. de legib. *Responsio Auctoris admitti nequit, ratio enim cur Paulus Publicianam non concedat, est, quia nulla esset* emptio. *Est autem nulla non tantum respectu furiosi, sed etiam respectu tertii, adeoque nec contra tertium potest competere Publiciana.*

(3) *Verum quidem est hanc actionem ex vero dominio non oriri, nec ex jure possessionis, uti bene observat Auctor, non tamen ausim dicere eam proprie non esse in rem actionem, oritur enim, ut jam ex Hein. observatum est, ex dominio a pretore contra tertium possessa rem non dominum ficto, & sic jus in eo, a pretore propter æquitatem fictum, causam huic actioni præbet.*

Digitized by Google

nem interrumpere potest. *d. l.*2. Proinde quod indefensus fuit reus, sine quo non procedit hæc restitutio, nihil ad rem modo pertinet. Diff. Scholiast. *ad pos.*23. ratione non reddita. Hoc tamen etiamnum oportet a nobis observetur: in priori specie actionis rescissoriæ, qua absentibus consulitur, Reipubl. quidem causa absentes memorari, sed eam minime tam stricte, atque supra in excusatione a Tutela nobis usurpata est, hic intelligendam; Quippe non tantum Reipubl. appellatio hic etiam ad municipia extenditur, *l.*8. *l.* 35. §. 8. *Ex quib. caus. major.* sed etiam ad quamvis justam, imo probabilem causam, qualis est vinculorum & studiorum. *d. l.* 1. *in fin. & l.* 28. *eod.* Limitatio tamen habetur in *l.*36. *d. tit.* quod hi soli Reipubl. causa abesse dicendi sunt, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt, ubi quidem coactio rursus per ea, quæ modo dicta, restringitur, ut civiliter intelligatur, quatenus etiam studiorum occupatio pro necessitate peregrinandi habetur; ut tamen ad mercaturam vix produci posse videatur, quia diserte ea species impingit in verba Ulpiani, *non sui commodi causa d. l.* 36. quanquam in his Rebuspubl. ubi mercatura viget, ratio ab hac quoque extensione neutiquam abhorret; verum aliud est jus scriptum interpretari, aliud novi juris auctorem esse condendi. Dissent. D. Wissenb. *ad d. tit. ff. th.* 4. cujus rationes in eam partem, quæ non est officii nostri, sine dubio valent. Sic alibi videbimus, hypothecam tacitam dari creditoribus ad domum reficiendam, non æque ad reficiendam navem mercaturæ causa *ad tit. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac.* etsi ratio pro his æque bona sit. Diff. etiam Scholiastes ad *pos.* 24. *h.* eo quod *d. l.* 36. saltem inferat, quod mercatoribus non detur restitutio propter absentiam Reip. causa. Atqui Edictum de hac loquitur, aut de talibus, quæ ad eam referri possunt. Proinde si ad hanc referri non potest mercatura, quomodo ad Edictum pertinet? Eritne causa vinculorum ad quam mercatura refertur? Aut quæ tandem? Frustra exceperis, absentes studii literarum causa, sui quoque abesse commodi gratia; nam etsi hoc est verissimum, tamen heic *commodi* vocabulo, lucrum significari pecuniarium, caret omni dubio. Cæterum, de altera Edicti parte, qua Prætor contra absentes præsentibus succurrit, sola Justinianus agit in nostro §.5. In hac autem mireris merito, quod absentiam requirat Reip. causa, cum actio, quæ datur adversus absentes, quæque ad jus eorum minuendum pertinet, non debeat esse durior in eos, qui publicam utilitatis causam habent, quam qui suo commodo vel in fraudem aliorum absunt: Quanquam vero ad excusandum Tribonianum profertur, & quidem recte, credo, absentiam Reip. causa tantum exempli causa allegari, tamen fieri non potest, quin negligentius id *exempli causa* sit positum, quod minus ad rem faciebat, neque potius, ut res erat, ita sit scriptum, quod totidem verbis, ac quæ jam collocata sunt, fieri potuisset. Sed valeat illa excusatio, & acquiescamus in eo quod aliunde suppleri potest.

9. (g) Tertia sequitur actio Prætoria in Rem, sic dicta; Qua creditores, qui sunt missi in possessionem bonorum debitoris sui, repetunt ea, quæ in fraudem suam a debitore sunt alienata; perinde ac si res adhuc in bonis debitoris mansisset. Sciendum autem creditoribus duplicem ex hac causa actionem dari; unam ex pignore Prætorio, quæ datur ad repetenda ea, quæ post decretam factamque missionem sunt alienata, *l. ult. C. de Præt. pign.* ubi creditori misso in possessionem datur hypothecaria, *quocunque modo possessionem amittat*, cujus usum jure veteri tam late non patuisse, facile exinde colligitur; Alteram, quæ competit etiam creditoribus post missionem, ad revocanda ea quæ vel ante, vel post missionis decretum alienata fuerat, *l.* 1. *in pr. l.* 9. & *l.*10. *in pr. quæ in fraud. credit.* eaque PAULIANA dicitur in *l.*38. §. 4. *de usur.* nec aliter competit, quam si facta sit alienatio fraudandi animo. *d. l.*1. & *d. l.*10. Quod requisitum cum hic quoque diserte collocatum sit, nihil dubitandum, quin recte Theophilus *ad hunc* §. de hac actione dixerit, ἥτις λέγεται Παυλιανὴ, *quæ Pauliana dicitur*; Nam ad alteram, quæ ex pignore Prætorio nascitur, animus fraudandi non requiritur *d. l. ult. C.* Ratio autem, quæ movit quosdam, ut hic de posteriori & Prætorio pignore agi putaverint, quam & D.Schotanus *in exam. ad tit. ff. quæ in fraud. cred.* laudat, esse videtur, quia vident Paulianam actionem non esse in rem, non magis quam Favianam & Calvisianam, quibus patroni in suam fraudem alienata revocant, *l.* 1. §. 26. *si quid in fraud. Patron.* ubi diserte illæ in personam dicuntur. Actionem autem, de qua hoc §.5. agitur, in rem esse, pro cer-

(g) *Pos.* 22. 23. 24. 25.

certo habent, (4) imo certum est, hanc actionem, quemadmodum & præcedentes, proprie non esse in Rem, quia non datur ex aliquo jure in Re, sed Creditoribus personalibus, & est in factum. *l.* 10. *in pr. D. quæ in fraud. credit.* Omnis autem in factum actio est in personam, *per l.* 25. *D. de O. & A.* vid. D. Wissenb. *ad h. t. th.* 28. *noviss. edit.* Verum in hoc imitatur naturam actionum in rem, quod detur in quemcunque possessorem; cujusmodi Actiones *in rem scriptæ* dici, inquam, solent; quæ suo scilicet fundamento sunt personales, verum ex nullo jure in Re nascuntur, hoc autem habent Reale, quod etiam contra tertium, adeoque possessorem quemlibet dantur; & hæc fuit ratio, quare Justinianus eam in numero actionum in Rem posuerit; quod eo minus novum videri debet, cum idem fere in Publiciana contigisse, modo sit dictum; nec aliter in Rescissoriis obtinet; nam (ut hoc loco id collocemus) ibi quoque nullum jus in Re ut fundamentum hujus actionis monstrari potest. (5) Jus enim vere translatum fuit in eum, qui usucepit aut præscripsit, nec actori quicquam tribui potest, quam æquitatis ratio, cur ei hæc actio indulgenda fuerit. *Quæritur* postremo, an Pauliana detur etiam in possessores fraudis ignaros; & distinquitur, qui rem tenent ex causa lucrativa, possunt conveniri, secus si ex causa onerosa rem sint nacti. *l.* 6. §. 11. *quæ in fraud. credit.* Est autem & dos causa onerosa. *l.* 56. §. 1. *de jur. dot.* Sed alienare non videtur, qui tantum repudiat jus recens adquisitum, *l.* 6. *in pr. &* §. 2. *Quæ in fraud. credit.* ut in suprema Frisiorum Curia judicatum est non semel. Sand. 3. *decis.* 13. *defin.* 3.

Idem Sandius in ea sententia esse videtur *d. tit. def.* 1. Paulianam jure non dari, de rebus ante missionem in possessionem alienatis: idque probat tribus argumentis petitis ex *l.* 6. §. 7. *Quæ in fraud. Cred.* ex §. 6. *h.* & ex *l.* 9. *quæ in fraud. Cred.* laudatque Donellum & alios idem sentientes. Atqui in *l.* 1. *& in l.* 10. passimque *d. tit. Quæ in fraud. Cred.* indistincte agitur de his, quæ in fraudem Creditorum alienata sunt, idque restringi ad alienata post missionem factam, incivile est, quia tales alienationes sunt rariores, utpote debitoribus administratione rerum suarum jam tum privatis. Textus objecti non probant quod vult Sandius. Etenim *l.* 6. §. 7. non agit de rebus in fraudem Creditorum alienatis, sed de pecunia ab uno e creditoribus seorsim a debitore accepta. Verba §. 6. *h. t.* non inferunt, alienationem ante missionem esse factam, sed actionem revocatoriam non dari ante missionem. *L.* 9. docet, bonæ fidei emptorem de re post missionem empta non teneri. Inde non sequitur, de alienatione fraudulenter ante missionem facta non dari actionem. Bene est, quod Dd. *commun.* & Curia, teste Sandio, aliter sentiunt. Ex his velim explices aut suppleas, quod in *posit.* 23. scriptum est, Paulianam dari de rebus alienatis ante missionem, post eam dari hypothecariam. Verum est, Paulianam de rebus post missionem alienatis non esse necessariam, quia tunc hypothecaria datur, uti post *d. l. ult.* Sed tamen non dari Paulianam, si fraudandi animus adsit, non est adfirmandum.

10. (h) Sequitur Actio SERVIANA, sic ab auctore, quemadmodum & Publiciana & Pauliana, dicta; datur hæc autem Domino fundi ad persequendas res coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ipsi tenentur, adversus quemlibet possessorem, uti rebus cedat aut mercedem solvat; alioqui in id quod interest condemnatur, ut explicatum in *l.* 16. §. 3. *de pignor.* Res autem, quæ pignoris jure tenentur domino, sunt primo fructus, qui tacite sine ulla conventione pro mercede sunt obligati. *l.* 7. *In quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contrah.* Præterea res invectæ & illatæ; at hæ non aliter, quam si nominatim ita convenerit, ut pro mercede tenerentur, *l.* 4. *eod. tit.* aut saltem quæ voluntate domini in fundum sunt illatæ, *l.* 5. *C. locati*. quod non de simplici consensu domini accipiendum videtur; sed de conventione, qua dominus fundum ea lege locavit, ut certæ res in eum inferrentur. Donell. *comm. de pignor. tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contrah.* In urbanis prædiis res invectæ & illatæ sine ulla conventione per se pro mercede pignoratæ intelliguntur,

(h) *Pos.* 26. 27.

(4) *Et merito, nascitur enim ex jure in re quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequebantur, & ideo in hoc §. 6. diserte mentio fit* bonorum ex sententia prædicto possessorum. *Hein. in not. ad Vinn. ad* §. 6. h. t. n. 1. *hanc interpretationem malim omittere, quam cum Auctore dicere, actionem, de qua hic, proprie non esse in rem, sed tantum actionum realium naturam imitari, aut cum aliis, crasse admodum inscitiæ Tribonianum & socios arguere.*

(5) *Imo potest, jus in re semper a prætore fictum, ut enim in Publiciana prætor fingit eum, qui non usucepit, esse dominum, ita quoque in Rescissoria fingit eum, qui usucepit, non esse dominum, adeoque dominium fictum penes actorem esse. Cum enim idem utriusque actionis sit auctor, & hæc Rescissoria diserte vocetur Publiciana in* l. 35. de O. & A. l. 57. mand. *fictum a pretore jus reale, quod est fundamentum Publicianæ, etiam est fundamentum Rescissoriæ.*

tur, quod secus in rusticis obtinere, jam diximus. Ratio differentiæ, quoniam in rusticis fructus tacite sunt obligati; proinde ibi duplici pignore nihil est opus, sed in urbanis, cum nihil sit quam res illatæ, necesse fuit in his lege statui hypothecam. *d. l. 4. juncta l. 7. d. t. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah.*

11. In eodem §. traditur actio quasi Serviana sive HYPOTHECARIA, quæ datur cuilibet creditori ad persequendum pignus sive hypothecam; contra quemlibet possessorem in hoc, ut rem pignoratam, restituat, vel debitum actori solvat. *d. l. 16. §. 3. de pignor.* Est etiam hæc actio prætoria, quæ fortasse nomen actionis in Rem tueri potest, siquidem non modo contra quemlibet possessorem datur, sed etiam jus aliquod in Re in antecessum extat, unde originem habet, jus scilicet pignoris sive hypothecæ. Nam inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, *l. 5. §. 1. de pignor.* quod tamen Imperator in hoc §. 7. limitat, *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, inquit. Imo generali significatione juris, simpliciter verum est, quod Marcianus *d. l. 5.* auctor scribit; quoniam, de quacumque re inter creditorem & debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, illa utraque hac appellatione continetur, ait idem Cæsar in *d. §. 7. h.* sed accidit hisce verbis, quod aliis in jure & in omni disciplina innumeris, ut cum pauciora sint verba quam res, nomen generis uni speciei applicetur; Ita, inquam, & pignori & hypothecæ evenit, ut hæc quidem vox de re immobili, pignus de mobili potissimum usurpetur. Scilicet ὑποθήκη vernacula significatione rem notat, quæ alteri supposita & obnoxia est, seu mobilis sive res soli. Quia tamen res mobiles specialiter pignoratæ, fere traduntur de manu in manum, ideo hypotheca earum rerum, proprio nomine pignus dicitur, a *pugno*, quemadmodum Græcis eadem causa ἐνέχυρον usurpatur, quasi manualis hypotheca. *l. 238. §. 2. de V. S.* Et tamen rursus fieri potest, ut etiam pignus in illa significatione stricta de rebus immobilibus prædicetur; si nempe traditæ fuerint non quidem de manu in manum, sed ita ut possessio in creditorem transferatur, quo sensu Imperator in *hoc §. 7. nam pignoris appellatione*, ait, *eam rem proprie contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime, si mobilis sit.* Atqui res immobiles etiam tradi posse, ait, quemadmodum supra ad §. 40. *Inst. de R. D.* intellectum est. Sed hic jam quæsito opus est, sitne hypotheca, quæ sine traditione per conventionem solam constituitur, verum jus in Re, ita ut hypothecaria usquequaque non modo in Rem scripta, sed etiam solida in Rem actio sit. De pignore equidem stricte sumpto, nihil ambigendum, quin Juris in Re nomen tueri queat, siquidem traditionis ea vis est, ut si talis sit animus & conventio partium, facile rem ipsam afficere eique perpetuam qualitatem imprimere possit. Nam si dominia vi traditionis constituuntur, *l. 20. C. de Pact.* quidni & jus in Re, quod actionem in rem producat, inde nasci queat, accedente in primis auctoritate Prætoris? At sola conventio non est habilis causa juris in Re, quemadmodum ex *l. 3. de O. & A. & d. l. 20. C. de pact.* & ex subductione singularum juris in Re specierum facile colligitur, ut pluribus a nobis probatum *lib. 4. Digress. c. 7.* At si Lex aut Edictum Prætoris, quod vim Legis habet, actionem in Rem ex aliqua conventione producat & stabiliat, tum hoc ipso jus ex illa conventione natum, fit Jus in Re, afficiens rem ubicumque sit & reperiatur. Hoc Prætor effecit adversus hypothecam. Huc enim pertinent verba Pauli in *l. 17. §. 2. de Pact. De pignore jure honorario nascitur pacto actio.* Hoc est, pignus, quod pacto contrahitur, id est hypotheca, parit actionem jure Prætorio, quæ non est alia quam hypothecaria; quippe, cum pignoratitia sit civilis actio. *§. ult. supr. quib. mod. re contrah. oblig.* Reprehensio quam Bachovius multa cum ingenuitate atque libertatis prætextu contra Paulum ob allegata dicta instituit, *lib. 3. de pignor. c. 3. n. 1. sub fin.* mihi & Paulo & Bachovio minus digna videtur. Quare autem Prætor pactum hypothecæ potius vi actionis, & quidem actionis in Rem, donare voluerit, non videtur esse ratio ea, quam reddit idem Bachovius, *eod. tract. lib. 1. c. 3.* quia pignus modici sit præjudicii, licet Hunnio rationem illam improbanti insultet; sed frequens pignorum usus ac utilitas, ut intelligimus ex *l. 14. §. 1. de pec. constit.* ubi; *cum utilitas pignorum irrepserit*; quemadmodum & ratio pactum constituti ad eandem dignationem perduxerat; juxta alteram, quod constitutum se ad alium contractum referret, quod pariter in pignore locum habet. In rem autem dedit ex hypotheca Prætor actionem potius quam personalem, quia nullum usum creditori præbere poterat, nisi rem pignori obligatam ubivis petere atque vindicare posset. Igitur quod ad hanc actionem attinet, pignus & hypothe-

Digitized by Google

potheca nihil differunt; nam alioqui pignus, inquam, est, quod traditur creditori, hypotheca cujus possessio manet penes debitorem. *d.* §. 7. Bonæ fidei possessor præscribit actioni hypothecariæ decem annis inter præsentes, 20. inter absentes. *l.* 1. *&* 2. *C. si advers. cred. præscr. opp.* * Malæ fidei possessor 30. annis ** *l.* 3. *l.* 7. *pr. C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.* Ipse debitor vel ejus heres annis 40. *** *d. l.* 7. §. 1. Plura dicentur in Pandectis.

12. (i) Sequuntur actiones prætoriæ personales, quæ vel rei persecutoriæ vel pœnales sunt. §. 8. *h.* Rei persecutoriæ hic numerantur, Actio constitutæ pecuniæ, de peculio, & in factum. CONSTITUTUM, Unde prima actio, † est nudum pactum edicto prætoris approbatum, quo quis promittit, se quod ipse vel alius debet, soluturum. §. 9. *h. l.* 1. §. 1. *de pecun. constit.* Quatenus pro nobis ipsis constituimus, ita adhuc est in usu, idemque, ni fallor, est, quod vulgo vocatur *acte van aenneeminge*. maxime si in judicio fiat: quo casu habet executionem paratam; sed constitutum pro aliis factum, non differt hodie a fidejussione, quia pactum & stipulatio, qua fidejussio differt a constituto, moribus hodiernis non distinguuntur, ut diximus alias. Imperator in hoc §. 8. præter actionem constitutæ pecuniæ, refert adhuc actionem Receptitiam, quæ similis fuerit constituti. Qua in re tamen discrepaverit, opportune memorat Theophilus. Nam constituti *πλατύνεται μὲν τοῖς προσώποις*, *latior est, quod ad personas, στενοῦται δὲ τοῖς πράγμασι, rebus autem arctius patet.* Receptitia actio contra *στενοῦται μὲν τοῖς προσώποις, πλατύνεται δὲ τοῖς πράγμασι, quod ad personas, arctius patet; latius, quod ad res attinet.* Etenim receptitia de quibusvis rebus contra solos argentarios dabatur; Constituti actio, de solis rebus fungibilibus adversus quoslibet. Hæc insuper prætoria & illa civilis; hæc pacto nudo, illa solennibus verbis constabat, Salmas. *de modo usur. c.* 16. Vinn. *ad h.* §. 8. Justinianus deinde Receptitiæ vim omnem transtulit in Constituti actionem, atque ita priorem abolevit, quæ ut supervacua cum sua auctoritate jussa est a legibus recedere, ut loquitur in *d.* §. 8. Cæterum, quare pactum Constituti nudum, a Prætore vi actionis sit donatum, ad §. *preced.* dicere occupavimus, primo ob usum illius pacti frequentem, quatenus omni die fit, ut debitores cunctantes novis pactionibus tam suis quam alienis ad constituendum aliquid certi de solutione obstringantur; dein, quia constitutum est confirmatio obligationis jam antea Jure civili contractæ; ut nulla Prætori causa fuerit hoc pactum velut temerarium destituendi. Cæterum, constitui possunt ea, quæ vere debentur ac utiliter peti possunt: imo etiam quæ naturaliter tantum debentur, *l.* 1. §. 6. *& seqq. l.* 3. §. 1. *de pec. const.* non tamen quæ civiliter tantum quæque per exceptionem elidi possunt. *l.* 3. §. 1. *eod.* Conditionalia non aliter quam sub pari conditione possunt constitui. *l.* 19. *pr. D. de pec. constit.* §. 9. *h.* Reliqua *ad Pand.* Denique Actio de PECULIO datur adversus patres vel dominos, ex contractibus servorum aut filiorumfamil. §. 10. *h.* de qua tit. sequenti plenius.

13. (k) Actio in factum ex JUREJURANDO, datur ei qui juravit sibi deberi, adversus debitorem a quo jusjurandum fuerat delatum, aut relatum, nec enim contra tertium dari potest. *l.* 7. §. 7. *de Publ. in rem act.* Delatum est id, quod defertur ab eo, qui de jure suo dubitat, idque conscientiæ adversarii committit. Refertur ab altero, qui nec ipse sat certus est, an sibi debeatur, in hunc finem ut alterius jurejurando res terminetur, & qui alterutro horum modorum juravit, is habet actionem in factum ex jurejurando, in qua non cogitur probare, quod sibi debeatur, sed tantum quod juraverit. §. 11. *h. t.* aut quod jurare parato jusjurandum ei fuit remissum. *l.* 9. §. 1. *de jurejur.* Non est instituti nostri de omni jurejurando heic loci agere; fiet hoc, quando in Pandectis idem caput occurret; ubi

(i) *Pos.* 28. *& seqq.* (k) *Pos.* 31.

* Jure Saxon. in locum præscriptionis longi temporis, successit præscriptio 31. ann. 6. sept. & 3. dierum, adeoque ea etiam ad actionem hypothecariam, contra b. f. possessorem instituendam, pertinebit. Schilt. *ad ff. Exerc.* 33. §. 26. Carpz. *p.* 2. *C.* 1. *def.* 5. *n.* 4.

** Is vero apud nos, si mala fides possit probari, exceptione præscriptionis se plane nequit tueri, P. 2. *C. El.* 9. vid. *c. f. X. de præscript.* Carpzov. P. 2. C. 2. *d.* 3. conf. Gailii L. 2. *Obs.* 10. *n.* 7. Petr. Muller. *Disput. de mala fide superveniente*, *Jen.* 1666 *hab.*

*** Atque hæc extraordinaria præscriptio ne nostro quidem Jure in præscriptionem 31. ann. 6. sept. & 3. dier. mutata est, vid. Zobel *p.* 2. *diff.* 1. *n.* 2. Berl. *P.* 2. *Concl.* 8. *n.* 18 *seqq.* Carpzov. *P.* 2. *C. El.* 3. *def.* 3. *Id. L.* 1. *Resp.* 35. *n.* 12. Unde Scabinos Lipsienses an. 1668. Mense Decembr. in Saxonia, secundum *l.* 7. §. 1. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.* respondisse, eorumque sententiam anno 1672. instantia secunda confirmatam esse, monet Lyncker. *Diss. de Fatalibus*, *th.* 33.

† Conf. de usu moderno hujus actionis Schilter. *Pr. Jur. Rom. Exer.* 24. §. 35. *sq.*

Digitized by Google

ubi de triplici partitione jurisjurandi, in voluntarium, necessarium, & judiciale. Sed ad hunc versiculum tractari vult hæc quæstio; cum actio ex jurejurando sit Prætoria, quamobrem Civilis ex eo nulla sit prodita: nihil enim toto jure de actione, quæ ex jurejurando detur, præter hanc speciem, quæ litis decidendæ gratia interponitur, scriptum est, alioqui promissionis juratæ non est major effectus quam pacti nudi. *l.* 35. §. 1. *de jurejur.* Quid retinuit Legum latores, aut JCtos, cum ex solenni verborum conceptione, quæ stipulatio est, dederint actionem, quo minus e promisso, quod divini nominis invocatione sancitum erat, actionis vim educerent? Tantumne juris nævum necessum erit agnoscere, ut contemptu religionis id omissum, aut commissum fateamur? Non potest hoc cuiquam in mentem venire, cui mos populi Rom. in servanda fide jurata publice privatimque sit cognitus: potius in animum inducet, hanc ipsam religionem fuisse impedimento, ne promiscua jurandi consuetudine, quæ sine dubio inolevisset, si juramenta pactis adjecta forent, idque cum effectu forensi, res sanctissima profanaretur: Nec obscure colligi potest hæc sollicitudo ex memorabili *l.* 8. *de cond. instit.* Quid igitur movit Prætorem, ut in hac specie delati litis causa jurisjurandi, produceret actionem? Non tantum quod durius visum fuit, præstationem jurisjurandi tam solenniter delatam negligi, sed imprimis favor litium finiendarum, quem toto jure præcipuum esse apparet. Nam jusjurandum speciem transactionis continere, habetur in *l.* 2. *de jurejur.* *l.* 31. *eod. tit.* juncta *l. ult. pro suo.* quæ res efficit, uti ne exceptione quidem perjurii vis hujus actionis elidatur, *d. l.* 31. *l.* 1. *C. de reb. cred.* eoque pertinet quod ex hoc §. 11. intelleximus, non quæri in hac actione debeaturne vel secus, sed tantum & unice, an juratum sit.

Hinc alia nobilis oritur quæstio, sitne jusjurandum species novationis, ita ut prior actio penitus tollatur, an tantum sit adjectitia qualitas aliarum actionum, veluti est actio de peculio, de in rem verso, exercitoria, institoria, similesque: Nec caret usu hæc dubitatio; nam si nova sit actio, stricti juris oportet eam esse, cum in §. 28. *h. t.* non recenseatur; ideoque si contractus de quo juratum est fuerit bonæ fidei, maximum in forma petitionis judicationisque discrimen infertur, ut inferius ad *d.* §. 28. intelligimus. Non possumus aliter existimare, quam actionem in factum ex jurejurando ita instituti, ut prior actio maneat, ejusque formula retineatur, addita mentione jurisjurandi, ut actor onere probandi sublevetur. Docet hoc Ulpianus in *l.* 13. §. 3. & §. 5. *de jurejur. Si quis juraverit*, inquit, *vendidisse me ei rem centum, ex empto agere poterit ut ei cætera præstentur, id est res tradatur & de evictione caveatur.* Idemque ex sententia Marcelli in §. 5. repetit. Textus est alius ejusdem Ulpiani in *l.* 7. §. 7. *de Public. in rem act.* in eandem omnino sententiam. Cui accedit, quod hæc actio datur, etsi non sit juratum, juramento duntaxat remisso, *l.* 9. §. 1. *de jurejur.* quod fieri non posset, si hæc actio plane nova, nec alio quam jurisjurandi fundamento subnixa esset. Denique, si vera vis novandi inesset juramento, fieri non posset, ut ei, qui se non debere juravit, exceptio daretur, ut fit *infra de except.* §. 4. Nihil enim est notius, quam novationem ipso jure tollere obligationem, ut exceptioni nullo modo sit locus, quemadmodum *supra tit. Quib. mod. toll. obl.* explicatum est. Quid si addamus & hoc: iniquum atque juris rationi adversum esse, ut vel is qui juravit, deferente adversario, conditionem suam faciat deteriorem, si pro bonæ fidei actione consequatur juris strictam; vel ut is, contra quem juratum est, causam habeat meliorem, quam erat habiturus, si alter intentionem suam ab initio plene probasset, quod tamen æque mutatione bonæ fidei actionis in aliam, quæ juris est stricti, fieri posset. Jurisjurandi scopus est unicus, ut vice probationis fungatur, non ut magis minusve plenam reddat obligationem. Et hoc sensu capimus loca, quibus contrarium probat Vir summus D. Wissenbachius ad *ff. P.* 1. *disp.* 24. *th.* 40. Utique enim hic §. 11. *l.* 9. §. 1. & *l.* 11. §. 1. *de jurejur.* nihil aliud præ se ferunt manifesto; non quæritur in hac actione an debeatur, sed tantum an juratum sit; hoc est, quæstio principalis habetur pro certa atque probata, de qua nihil opus sit disceptari. Non negatur agi ex illis causis, sed quæri de illis & ambigi, hoc negant textus. Paulus in *l.* 26. §. *ult.* plusculum movet scrupuli; *Jurisjurandi conditio*, inquit, *ex numero esse potest videri novandi delegandive.* Verbo *videri* fictionem notari, alias non soleo respondere; sed hujusmodi suspensione verborum, *esse potest videri*, improprietatem designari, nemo facile recusabit, ratione improprii sensus eadem, quam modo collocavimus. Fortean firmius ex *l.* 30. *pr. eod.* peti potest argumentum: *Eum qui juravit ex ea actio-*

actione, quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere, Pedius ait: & mox; *potest dici, hoc judicio non principalem causam, sed jusjurandum actoris conservari.* Ibi duplex est ratio. Prima, quod actionis quæ jurata est, natura mutetur, siquidem non potest agi in duplum, ubi tamen actio principalis in duplum dabatur: At sane nullam hic fieri novationem, ipse locus docet, cum superesse adhuc in duplum actionem monet, si actor jurisjurandi beneficio supersedere velit; at cum hujus præsidio levatus est onere probandi, tum dupli petitionem amittit; sufficit enim, hoc eum effectu juramenti gaudere, quod nihil probare cogitur. Ultima autem verba sic audienda sunt; quamvis hic causa principalis vertatur, quia tamen de illa non quæritur, potest dici non tam illam, quam jusjurandum conservari; quia totum actoris fundamentum petitionis est in jurejurando.

14. (l) Actiones prætoriæ pœnales recensentur in §. 12. tres. *Ex. gr.* Prima adversus eum, qui corrupit album Prætoris, hoc est tabulam, in qua Prætor præscribebat quibus de rebus esset jus dicturus: Pœna alibi corrupti erat quinquag. aureorum. *l. 7. de Jurisd. v. l. f. ff. d. pop. act.* Altera est actio in eum, qui parentem vel patronum sine venia prætoris in jus vocavit; estque eadem pœna cum priori, qua de re *inferius*. Sed qui in jus vocatum vi exemit, quod est *tertium Exemplum*, tenetur quanti ea res ab actore fuerit æstimata. *l. 1. l. pen. & t. tit. Ne quis eum, qui in jus vocat.* Dari adhuc alias & quidem innumerabiles, affirmat Imperator, proinde nec nos eas enumerare aggrediemur. Habuimus de dejectis & effusis, de positis & suspensis, item actionem injuriarum, de vi bonorum raptorum, denique adversus calumniatores in quadruplum §. 25. *infra h. t.*

15. (m) Sequuntur PRÆJUDICIA, quæ sunt actiones, quibus de statu hominum disceptatur, easque in rem esse videri, affirmat Justinianus *in* §. 13. *h.* certe enim in personam esse non possunt, quia neque ex obligatione nascuntur, neque contenditur in iis ut aliquid detur aut fiat; verendum autem est, ne nihilo magis in Rem esse queant; siquidem nulla petitur hic restitutio. Et quidem proprie certum est neutrius esse generis has actiones: quippe, quæ nihil aliud quam *τινὸς formulæ* sola intentione constantes fuerint, ut Theoph. observat: οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐνέχουσαν, *non habent in se condemnationem*, scil. ut reus aliquid det aut restituat; Nam alioqui sententiam habent sine dubio præjudicia. Comparatione tamen habita, propius ad in Rem actiones quam in personam accedunt; quia sane quicunque his experitur actionibus; petit aliquid suum, servus libertatem sibi adserit, ut suus dicatur, juxta versic. *postquam vindicta meus a Prætore recessi*; dominus petit Servum in servitutem, patronus vindicat jus patronatus, libertus ingenuitatem, Pater filium, hic vero jus filii se habere contendit, eoque cum effectu potiri cupit. Ex his jam exemplis, quot dentur præjudicia colligi potest, tria omnino, quæ recenset Imperator in §. 13. Prima, an aliquis sit liber aut servus, quod judicium causa liberalis dicitur. *tit. D. & C. de liber. caus.* Altera species est, qua quæritur an aliquis fit libertus an ingenuus. *l. ult. D. Si ingen. esse dic.* Tertia species a Cæsare vocatur, de partu agnoscendo, cui locus est, cum maritus, soluto, aut etiam constante matrimonio, partum ab uxore editum suum esse negat. *l. 3. §. 1. de agnos. & al. liber.* Plures in Jure species non dantur; nam quæstio an uxor sit, est incidens in actione de partu agnoscendo; Non est meus filius, quia mater non fuit uxor mea; Lex 30. *de reb. auct. jud. possid.* vitiosa est, legendum; *per judicem*, non *præjudicio.* Cujac. *ad h.* §. 13. Duas ex hisce causis esse Prætorias, unam vero civilem, per quam quæritur an aliquis liber sit, affirmat Imperator, eo quod de libertate judicium in XII. tabulas erat redactum, *l. 2.* §. 24. *de O. J.* de ingenuitate filiorumque statu, Prætor deinceps quæstiones introduxit. Sed notabilis superest difficultas de nominis ratione, cur hæ actiones præjudicia sint appellatæ. Præjudicium varie dicitur; primo & proprie valet idem, quod prius judicium, quo pertinet regula; quoties duæ concurrunt actiones vel judicia, de majore aut de eo, sine quo alterum peragi nequit, prius experiendum esse, *l. 4. dein integr. restit. l. 7. §. 1. de injur. l. 54. de Judic.* hinc actio de proprietate prius absolvenda quam de servitute. *l. 16. de Except. præscript. & præjudiciis.* In qua Rubrica præjudicia significant exceptiones, quibus actio præcluditur, eo quod præpostere & præmature moveatur. Hinc fluit altera significatio, cum præjudicia notant interlocutiones, hoc est, pronunciationes judicis, quæ sententiam præ-

(l) *Pos.* 33. (m) *Pos.* 34. 35. 36.

Digitized by Google

præcedunt definitivam *l.* 2. *l.* 26. & *l.* 40. *C. Theod. de appell.* in jure Justiniani sic non usurpatur. Tertio, præjudicium significat rem, quæ cum statuta fuerit, judicaturis adfert exemplum quod sequantur, ut loquitur Ascon. *in divinat.* Sic nota Censoria propter stuprum, est præjudicium in accusatione ex Lege Julia, & remedia quibus infringitur hereditatis petitio, dicuntur in ejus præjudicium institui. *l.* 5. §. 2. *de hered. petit. l. ult. in pr. C. eod. tit.* Unde quarto, præjudicium frequenter pro omni eo quod nobis detrimentum inferre potest accipitur. Ex prima significatione oritur tertia, qua præjudicium per excellentiam vocatur judicium status. Per illud enim insigniter aliis causis inde oriundis atque pendentibus præjudicatur. *Ex gr.* petit aliquis hereditatem defuncti tanquam Patris sui; Opponitur; Tu non es filius defuncti; heic oritur quæstio præjudicialis, sitne filius vel non, cujus terminatio præjudicat alteri de hereditate quæstioni; nam si constet eum esse filium aut non esse, sequitur ultro, quod sit heres aut non sit heres. Neque tamen semper incidunt ita præjudiciales quæstiones; sæpe etiam dantur, licet alia, cui præjudicatur, necdum mota vel inchoata fuerit, uti cum servus in libertatem proclamat: sunt tamen in conspectu res aliæ, quas hoc Judicio status actor adipisci conatur, veluti servus cuncta libertatis jura sibi proponit; libertinus a donis, operis, muneribus liberari cupit; qui filius esse negatur, omnia jura liberorum vult adipisci; similiter domino, patrono, Patri sua sunt jura, quæ ipsemet affectat, singulique per victoriam ita juribus illis potiuntur, ut adversus omnes, etiam quibuscum non litigaverunt, illa exercere queant. *l. antepen. D. d. statu homin.* Explicat hæc copiose Donellus ad *h. tit.* & §. *num.* 7. & *seqq.*

16. (n) Postquam ita Imperator actiones in rem & in personam proposuit, haud inconcinne in §. 14. traditur proprietas Actionis in personam, quæ est, ut Actor sibi dari oportere contendat; dare autem est dominium transferre, *l.* 75. §. *ult. de V. O.* contra in Actionibus in rem nemo sic agere potest, cum ibi Actor dicat se esse dominum; hinc regula est, quod Dominus rem suam non condicat, id est personaliter petat, excepto rei furtivæ exemplo; nam fur etiam condictione, hoc est personali actione tenetur, odio furum, ut pluribus actionibus tenerentur *l. ult. in fin. Usufruct. quemadm. cav.* Dare, inquam, est dominium transferre, nisi ex eo, cui additur dandi verbum, significatio mutetur, ut cum pignus datum dicimus, *l.* 1. *C. d. non num. pecun.* res quoque depositæ & commodatæ omni die dicuntur *dari*, neque tamen dominium earum transferri, notissimum est. Quid vero, an discrimen, quod tribuit hic Cæsar actionibus in rem, ad omnes pertinet? Verba ejus sunt, *non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere. Si paret eum dare oportere.* Videtur hoc ad solam rei vindicationem pertinere, quod est equidem ita, quatenus reliquis in rem actionibus termini habiles hujus differentiæ minus conveniant; esse tamen & in reliquis verum, non agi in illis ad dandum, hoc est, ad dominium transferendum, veluti ex inductione singularum specierum, quas pridem recensuimus, facile apparebit; de iis quæ vere sunt in rem loquimur, non de his quæ in rem scriptæ sint duntaxat. Nam sane in Rescissoriis vi ipsa agitur ad dominium transferendum, siquidem res vere sunt usucaptæ quæ ibi petuntur, neque proinde ad actorem, nisi dominio translato, redire possunt, ut scire licet ex iis quæ ad §. 5. *h. t.* dicta fuere, tamen non fuit in iis usitata hæc formula, *Si paret eos dare oportere.* quam Cæsar hoc loco actionibus in personam adscribit, adeoque de omnibus, quas in numero actionum in Rem habuit, negat; verum in Rescissoria, quemadmodum & in Pauliana, primo petit Actor ut dominii translatio rescindatur, simulque facta rescissione rem sibi restitui, quale compendium & applicatio actionis in Rem, ubi dominium vere translatum est, memoratur & in actione quod metus caufa. *l.* 9. §. 4. *Quod met. caus.*

Sed quid tandem; an actorem ita fari mos erat in actionibus in personam, *si paret eum dare oportere*? Ea quidem agenti verba convenire nequeunt; sed hæc verba fuere formulæ, quam Prætor Judici pedaneo, postquam actio apud ipsum edita erat, præscribebat. Si ad rem vindicandam esset, formula erat hujusmodi; *si paret fundum Tusculanum Marci Tullii esse.* De qua Cicer. *in orat. pro Muren.* In personam, *Si paret Titium dare facere oportere.* ut passim Cicero *in Verrin. pro Rosc.* & alibi commemorat. Cur igitur Cæsar actori hæc verba tribuit? Designat illis genus actionis, perinde ac si diceret, non posse actorem suam rem petere ab aliquo per condictionem; mos enim

(n) *Pos.* 7. 8. & 9.

Digitized by Google

enim hic fuit veterum, nomina actionum petere de primis verbis Edictorum, aut interdictorum formularumve, quæ publice de singulis actionum generibus extabant. Sic actio Quod metus causa, dicitur ita, quoniam prima Edicti verba sic erant concepta: Quod metus causa gestum erit. *l.* 1. *Quod met. c.* Hinc actio Si certum petetur. Interdictum Quorum bonorum. Quod Legatorum. Unde Vi. Uti possidetis. Et similia nomina; quæ ineptiæ excusari non possunt, nisi ex hac consuetudine rationem petas. Proinde actio in personam, quæ generaliter condictio vocatur, primis verbis formulæ, qua prætor officium judicis in ea causa complectebatur, intelligenda est; quo sensu liquet, nihil a Justiniano insoliti his verbis esse commissum; Modo tam valide exceptionem Cæsaris ab ista regula defendere possimus, qua dixit, fures odio sui meruisse, uti contra juris rationem naturamque negotii teneantur, *si pareat eos dare oportere*. licet idem, qui sic adversus eos agere potest, rem eandem vindicare possit. *in fin. d.* §. 14. Etenim, cum rem furto nobis ablatam non abire e nostro dominio, furesque nihil quam naturalem injustamque possessionem adquirere, certum sit; rursus, cum agere ad dandum, sit petere translationem dominii, contradictio videtur implicita affirmationi; quod rem furtivam *dari* nobis petere possimus: Nec juvat ratio Cæsaris, id esse factum odio furum, quod pluribus actionibus teneantur: Res enim, quæ τὸ ἀδύνατον implicat, odio furum non potest recipere facultatem. Imo, si rem, sepositis verborum involucris, inspicimus, non est ita, quod in condictione furtiva agamus ad dandum, de ipsa re furtiva, quæ manet in dominio nostro; Nam hanc actionem ita constat esse comparatam, ut non modo res ipsa, sed & pretium rei deperditæ vel deterioris factæ petatur; Jam qui pretium rei suæ petit, is revera agit ad dandum, in rem hactenus agere non potest. *L.* 23. *de reb. cred.* Quatenus igitur condictio furtiva rem ipsam spectat, ita non est ad dandum, sed ad restituendum; quatenus ad pretium agitur, sic est ad dandum quidem, sed non de re nostra, neque de tali, quæ vindicari possit. Ideoque nulla in rebus ipsis hic est contrarietas aut impossibilitas. Qua in re igitur consistit exceptio, si quidem sub hac forma exemplum memoratur? Quia quod officium est alioquin Rei vindicationis, hoc etiam condictio præstat, uti res ipsa, quæ adhuc vere nostra est, a furibus repetatur, cui tum accedunt utilitates aliæ quibus pollet condictio præ vindicatione, propter quas, & quidem odio furum, dominis suppeditata est. Primo, quia venit in hanc actionem æstimatio omnis detrimenti quod res passa est & quod occasione ejus passi sumus, *l.* 3, & *l.* 13. *de condict. furt.* dein quia datur in heredem, cum rei vindicatio adversus possessorem detur. *l.* 9. *de condict. furtiv.* quemadmodum id latius ad *tit. D. de condict. furtiv.* exponitur. Cæterum, aliquoties jam intellectum est, actiones personales vocari in jure condictiones, a condicendo, hoc est denunciando, quod olim in personalibus fiebat §. 15. *h. t.* tametsi strictius hoc nomen de certis tantum in personam Actionibus sumatur, quæ nempe alio nomine carent, ut est condictio certi, condictio indebiti, condictio sine causa, condictio ex Lege &c. de quibus *in fine Lib.* 12. & 13. *Pand.* Sic quoque in rem actiones generaliter vindicationes dicuntur; etiam incorporalium rerum, ut in *Rubr. D. Si servit. vindic.* Nam vindicare est rem suam esse dicere, Gell. *l.* 20. *c.* 9. stricte autem Actio de re singulari jure dominii petenda, dicitur Vindicatio. §. 15. *h.* Accidit hisce terminis videlicet, quod plerisque aliis; ut primæva significatio subigatur ad usum peculiarem: at hic tamen utraque, generalis & propria significatio, in viridi observantia mansere. Notare etiam hoc licet, quanquam res & causa, propter quam nomina rebus induntur, sæpe mutentur, nomina tamen eadem plerumque retineri. Sic veteres illæ denunciationes paulo ante Justiniani tempora sunt abolitæ, *l. Si quis delicti.* 6. *C. Theod. de denunciat. vel edit. rescrip.* dicuntur tamen hodieque condictiones. Atqui mos denunciandi etiam in vindicationibus erat usitatus, ut ex Asconio in 3. *Verrin.* & aliunde constat, vid. Cujac. *lib.* 16. *observ. cap.* 4. Cur igitur hoc nomen solis personalibus hæsit? Quoniam actionibus in Rem, præter denunciationem, peculiaris erat manus consertio & vindicatio atque prehensio rei, de qua Gell. *d. cap.* 9. hinc nomen ei datum ab ritu proprio; sed personales ab eo quod commune fuit, nomen adeptæ videntur, nihilo secus atque videmus, eos contractus, qui præter consensum requirunt aut rei traditionem aut literas aut verborum conceptionem, inde nominari: qui vero nihil quam consensum, qui communis est, habent, hi simpliciter consensuales appellantur.

Digitized by Google

SECUNDA ACTIONUM DIVISIO SUMMA.

17. (o) Post divisionem actionum, quæ dictæ sunt in rem esse & in Personam, sequitur alia nobilis partitio, quæque pertinet inprimis ad vim effectumque cujuslibet actionis exprimendum. Est autem hæc divisio, quod sint Rei persecutoriæ, vel pœnales, vel mixtæ. §. 16. *h. tit.* Rei persecutoriæ sunt, quibus persequimur id quod patrimonio nostro abest, sive nostrum adhuc sit, seu debeatur nobis, seu res ipsa sit, sive circa rem & æstimationem ejus, aut id quod interest nostra. *l.* 35. *d. O. & A.* Stricte alioqui, id quod interest, nihil aliud est, quam ratio damni illati & lucri cessantis, *d. l.*35. deque eo sunt hæ regulæ: I. In casibus certis, ubi de speciebus vel quantitatibus definitis agitur, non potest excedere duplum. *l. un. C. de sent. quæ pro eo, quod inter.* II. Lucrum oportet circa rem ipsam consistat, in eaque sit radicatum, ut DD. loquuntur, non foris adveniens aut fortuitum, *l.* 21. §.3. *de action. empt.* detrimenta tamen omnia præstantur, si dolus intervenerit; aliter, quanti minoris. *l.* 13. *pr. d. t. de act. empt. l.* 19 §. 1. *locati.* III. Lucri & damni ratio ex judicio communi, non affectione peculiari initur; nam hæc in phantasia hominum consistit, cujus æstimatio nulla est. *l.* 33. *ad L. Aquil.* De quibus regulis alibi forte consideratius.

Sunt autem rei persecutoriæ omnes in Rem actiones, omnesque ex contractu, excepta actione depositi miserabilis, quæ contra inficiantem & ex dolo in duplum datur. §. 17. *h.* §. *ult. sup. de oblig. quæ Quasi ex contract.* Sunt qui actiones Rei persecutorias dividunt, quod sint vel utrimque tales, vel ab una parte, scil. actoris rei persecutoriæ, a parte Rei pœnales; sed hæc distinctio non videtur habere juris rationem. Nam qualitas rei persecutoriarum duntaxat respectu actoris intelligitur; utrum Reus damnum patiatur, an id quod accepit tantum restituat, nihil refert, ut exemplis e medio contractuum numero facile demonstrari potest. In commodato, pignore, deposito, qui dolo vel culpa res fecit deteriores, tenetur, sine discrimine lucrum inde perceperit an secus; nec ideo desinit actio esse rei persecutoria, quod dolum luere debeat is, qui nihil inde percepit. Sic etiam dantur actiones aliquæ rei persecutoriæ ex delictis, quas a parte reorum pœnales esse volunt, nulla meliori ratione, quam si tu de commodati atque depositi actionibus idem affirmes, tametsi non negemus, cum reus id quod interest solvit, ubi nihil ad eum pervenit, ut sæpe fit; hanc suo modo pœnam vocari posse *arg. l.* 1. §. 4. junct. *l.* 3. *in pr. De eo, per quem fact. er.* Habent rationem adhuc aliam, quia non dantur actiones istæ adversus heredem, cum actiones rei persecutorias in heredes dari, necessum esse videatur. Sed nec hanc rationem habere consequentiam, probabimus ad *tit. de perpet. & tempor. act.* Simpliciter igitur Rei persecutoriæ sunt actiones, quibus, ut dictum, persequimur id quod nostro patrimonio abest. Id Donellus & ex eo Vinnius ad hunc §. *num.* 5. quadruplex ait esse: I. Quod est in Patrimonio nostro sed ab alio tenetur. II. Quod in patrimonio esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est. III. Quod nobis debetur ex contractu. IV. Quod continet æstimationem eius, quod nobis abest. Apparet; hæc verba, *quod Patrimonio nostro abest*, in *d. l.*35. *de O. & A.* improprie sumi, ut patrimonium significet, potestatem rei nostræ non impeditam. Etenim quidquid per actionem peti potest, id recte adhuc in patrimonio esse dicitur, ut ad *tit. de R. D. n.* 2. differuimus. Donellus patrimonium pro dominio sumpsit. æque improprie. Sic porius dicemus; A patrimonio sive a bonis nostris abest, quod quidem jure in bonis computatur, sed facto atque situ ab illo separatum est; Talia sunt vel nostra, quæ in dominio sunt, vel nobis debita. Debentur autem vel res certæ. vel incertæ. Certæ, veluti corpora, summæve certæ pecuniæ. Incertæ, ut æstimatio aut id quod interest, de quo dictum modo & ad *tit. de L. Aquil. num.* 4.

18. (p) Actiones pœnales sunt, quibus persequimur pœnam legibus constitutam; Etenim quæ dantur ad pœnam conventionalem, qualis est *supra* §. *ult. de V. O.* potius rei persecutoriæ sunt, quia pœna conventione expressa, loco eius quod interest succedit; propterea enim adhibetur, ut incertitudo ejus quod interest, ad præstationem summamque certam redigatur. Nam pœnale judicium id demum vere dicitur, quod coercendi puniendique alicujus causa infligitur, & quidem constitutione certa; Nam & id quod interest, aliquando similitudinem pœnæ habere potest, nec tamen est pœna; Traditum enim id ita est, quod in casibus certis ad duplum adscendere possit, *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* imo aliquando in infinitum

(o) *Pos.* 37. & *seqq.* (p) *Pos.* 44. 45.

Digitized by Google

tum produci potest, haud tamen sine taxatione judicis, quemadmodum fit in jurejurando, quod in litem præstari dicitur, *l.* 4. §. 2. *de in lit. jur.* quamquam vero id ad coercitionem doli institutum est, *l.*2.§.1. *eod.* tamen non est pœnale judicium ubi in litem juratur, sed rei persecutorium, quia Lex nullam hoc casu pœnam infligit, *l.* 5. *in pr. eod. tit.* sed vere & mere pœnales, vi legis, sunt actiones *furti*, injuriarum, de calumniatoribus, de positis & suspensis &c. §. 18. *h. d.l.*35. *de O.& A.* Denique mixtæ actiones sunt, quibus partim persequimur pœnam legibus constitutam, partim id quod interest, ut est actio de vi bonorum Raptorum, legis Aquiliæ, servi corrupti, Legati piis locis relicti, depositi miserabilis &c. *in h.* §. 19.

DE ACTIONIBUS MIXTIS.

19. (q) Est & aliud genus mixtarum Actionum, quæ partim in rem partim in personam sint, scil. Judicia divisoria, veluti familiæ erciscundæ, communi dividundo & finium regundorum, denique hereditatis petitio. §. 20. Sed hæc mixtura non est ejusmodi, per quam Actio revera fiat in rem, ita ut partim ex jure in re, partim ex obligatione oriatur, sed quia Judiciis illis non modo de rebus ipsis agitur, verum & de præstationibus personalibus, veluti de Impensis, damnis, fructibus, ab uno magis quam ab altero factis, datis, perceptis; adeoque mixtura illa non spectat originem causamque, sed subjectam judicii materiam, *d.* §. 20. *l.* 25. §. 18. *D. de Hereditatis petit. l.* 16. §. 4. cum *seqq. & l.*6. *D. famil. ercisc.* & hoc sensu capienda *l.*7. *C. de petit. hered.* junct. *l.*22. §.4. *famil. ercisc.* nec aliter explic. *hic* §. 20. Est hæc in scholis Juridicis multum agitata quæstio, denturne actiones mixtæ. Nos ita respondemus, non esse dubitandum quin dentur; non modo ex rei persecutione atque pœna, sed etiam reales simul atque personales; Quippe Justiniano diserte ita loquenti fidem quis habere recuset? Enimvero verbum *videtur*, quod est *d.*§.20. cavillari, nimis subtile est; Nam etsi hoc verbum aliquando fictionem aut improprietatem significat, ut in *l.* 3. §. *ult. quib. ex cauf. in poss.* sæpissime tamen ita veteres loquuntur, ubi fortissime aliquid affirmant, §. 17. *h. t. l.* 33. *de Jure jur.* quando & judices in ipsa sententia pronunciabant, sibi *videri*, *l.* 27. §. 1. *de liber. caus. l.*21. §.1. *de Recept. qui arbit.* unde frequenter illud *jure cæsum videri*. Tacit. 14. *annal. c.* 43. *in fin.* Val. Max. *l.* 6. *c.* 2. Operæ pretium est, in singulis actionibus, quæ mixtæ dicuntur, videre & examinare naturam illius mixturæ: Et quidem familiæ erciscundæ actio, quo sensu mixta dicatur, docet Ulpianus in *l.*22.§.4. *Famil. ercisc.* ubi, *Familiæ erciscundæ judicium*, inquit, *ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones.* Eodem modo *de communi dividundo.* *l.*4.§.3. *Sicut autem*, inquit ibi Ulpianus idem, *ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præstationes veniunt.* Rursus idem de hereditatis petitione in *l.*25. §.18. *de her. pet.* ubi: *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Plane eodem sensu utroque loco præstationes personales usurpari, Græci quoque interpretes docent, in scholiis ad *lib.*12. Βασιλικῶν, *tit* 2. *in princ.* Realitas, quæ reperitur in illis, non spectat rei vindicationem, ut ad participationem naturæ actionis in rem deberet, §.15. *Inst. de act.* sed divisionem rerum, *l.*1. *l.*2. *Famil. ercisc.* quæ est ex quasi contractu. Ideoque palam est, mixtas dici actiones illas in rem & in personam, non ratione causæ efficientis & originis, quasi ex jure in re & ad rem essent, sed respectu objecti sive subjectæ materiæ ut jam dicere occupavimus; quia dantur & de rebus ipsis & de præstationibus circa res, quæ non veniunt immediate ex rebus, sed ex facto aliquo personali. Perinde hereditatis petitio mixta personalis est, quoniam heres non tantum petit ipsas res hereditarias a defuncto relictas, sed etiam omne augmentum quod ad hereditatem per facta hominum, id est possessorum accessit; quæ præstationes eleganter personales dicuntur. Sed non efficiunt obligationem, multo minus inde oriuntur. Augmenta illa hereditatis per ejusmodi facta personalia fiunt pars hereditatis; atque ita juri hereditario subjiciuntur, nec perinde impediunt, quominus judicium petitionis eorum respectu ex jure in re nasci dicatur, nec, inquam, simplicitati & uniformitati hujus actionis officiunt. Fidem faciunt exempla præstationum, quæ ab Ulpiano in *d.l.*25. §. 18. in hereditatis petitionem venire memorantur, pretia rerum venditarum & pecuniæ a debitoribus hereditariis exactæ. Nam hæ res per se veniunt in hereditatis petitionem, *l.*16. §. 1. *de hered. pet.* minime tanquam ex obligatione, sed quoniam hereditatis hæc est natura, ut omnia quæ ex ea quovis modo provenerunt, com-

(q) *Pos.* 46. & 47.

Digitized by Google

complectatur; pretiaque loco rerum & pecuniæ ex rebus redactæ loco ipsorum corporum succedant. *l.* 70. §. *ult.* cum *ll. seqq. de Leg.* 2. Imo & ipsa debita hereditaria, quanquam ex obligatione proficiscantur, quatenus tamen hereditatis petitioni subjecta sunt, ex jure in re petuntur. *l.* 13. §. *ult. de hered. petit.* Debitor enim tunc non consideratur ut ex contractu vel delicto obstrictus defuncto & consequenter heredi, sed tanquam juris possessor, ut ibidem eleganter Ulpianus, & quatenus se heredem esse contendit. *l.* 42. *eod.* quod jus facit partem hereditatis & sub jure hereditario comprehenditur. Hereditas, inquam, est universitas, omnia complectens, quæ in bonis & ex bonis defuncti fuere, jus tamen unum usquequaque, pariens actionem adversus quemlibet possessorem, semper retinens naturæ suæ universalitatem, licet possessor unam modo rem teneat. *l.* 1. §. 1. *ff. Si pars hered. pet.* Nec, quod repeto, definit hoc esse, quando vel ad pretia ex rebus hereditariis redacta, vel ad res a defuncto bona fide possessas, eique commodatas, locatas, pignoratas datur: siquidem & ipsa debita ex obligatione, juris hereditarii pars sunt. Cum petuntur res commodatæ &c. non intuemur naturam commodati, pignoris, locationis; cum res debita petitur, non spectamus vinculum personale quo debitor est obstrictus, sed hi omnes ut possessores hereditatis considerantur. Ideoque utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit is qui convenitur, nihil refert, quia non respicitur ad originem obligationis, sed ad possessionem juris; quæ omnia clare & solide tradit Ulpianus in *d. l.* 13. §. *ult.* & *l.* 14. *de hered. pet.* Sic enim: Item *a debitore hereditario, quasi a juris possessore, posse hereditatem peti constat; sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert.* Non consideratur causa singularum præstationum; hæc singularibus judiciis urgetur. Non petuntur debita hereditaria ex obligatione in hoc judicio; sic alia prorsus actione opus est; obligatio nunquam parit actionem adversus reum quatenus est possessor, ut notissimi juris; heic debitor ut possessor tenetur; Ergo ex obligatione non convenitur. Actor in hoc judicio non ait, se petere debitum vi contractus aut delicti, verum simpliciter hereditatem petit; & quia debitor, id quod debet, tanquam heres aut pro possessore se retinere affirmat, ideo per universale judicium convenitur. Enimvero si tantum se debere neget, aut nihil aliud proferat, quam actorem non esse heredem, nec ipse titulo universali se jactet, tum hæc actio minime datur. *l.* 42. *d. tit. de hered. petit.* Ulpianus igitur cum in *d. l.* 25. §. 18. scribit, *petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales*, ita exaudiendus est; *Hereditatis petitio est in rem actio*, hæc thesis est pura & absoluta: per sequentia removet objectionem; *nec obstat*, ait, *quod personalia quædam præstationum contineat*, ista enim personalia non sunt ejusmodi, ut obligationem arguant, sed rebus immediate hereditariis opponuntur, & faciunt quidem mixturam ex realitate & personalitate, sed quæ prorsus a commixtione *juris in re* & obligationis aliena sit. Eodem modo resolvendam & explicandam putavi semper *l.* 1. *π. Fin. Regund. Finium regundorum actio in personam est, licet pro rei vindicatione est*, ex qua non minus efficaciter & quidem speciosius, quam ex priore loco, mixturam juris in re & obligationis alii probatum eunt. Paulum ita velle existimo: Principio ut ponat thesin, qua finium regundorum actionem simpliciter *in personam* esse affirmat; tum occupet objectionem; atqui etiam *pro rei vindicatione* est, ac ita in rem; sed non obstat hoc, ait, *Licet* enim valeat ut rei vindicatio, id est, effectum vindicationis habeat similem, imo prorsus eundem, tamen forma actionis hic non est, *ajo fundum esse meum*, ut in actione in rem, sed, *peto fines regi*, quibus tamen ita, ut ego intendo, declaratis, sequitur, ut ea pars agri quam vicinus mihi finibus motis subduxerat, mihi restituatur; nihilo secus quam si fundum vindicassem. Unde patet, actionem in personam esse pro vindicatione, & effectum præstare actionis in rem, non tamen esse actionem in rem, ne ex parte quidem, sed forma & genere diversam. Una superest ratio, qua mixtam illi hereditatis petitionem esse contendunt, quod bonæ fidei judiciis accenseatur. *l. ult. in fin. C. de pet. hered. quæ qualitas propria sit actionum in personam.* Responsio in promptu est; ideo quod pleræque bonæ fidei actiones sint in personam, JCti petitionem hereditatis inter eas collocare dubitarunt, *d. l. f.* & §. 28. *Inst. de action.* idque propter personales præstationes. Si enim stricti juris habita fuisset actio, non potuisset in ea fieri extensio ad res non hereditarias, quæ defuncti nunquam fuerant. Ideoque ad varietatem præstationum illarum huic judicio inferendam, laxitas actionum bonæ fidei debuit huc applicari,

sed

Digitized by Google

ſed cum hæ præſtationes nihil cum obligatione habeant commune, ut probatum dedimus, nec inde perſonalitatem hujus actionis quaſi ex principio obligationis poſſe colligi, manifeſtum eſt. Verum ſunt adhuc, qui mixturam exinde probant, quod in judiciis mixtis fiant adjudicationes; unde in actionibus diviſoriis *ſtatim res ejus fieri dicuntur* cui ſunt adjudicatæ. *in §. ult. Inſt. de off. jud.* Nam ſi in actione communi dividundo, cæteriſque ad hoc agatur, ut res actoris fiat, rationem putant eſſe loculentam probandi, quod actio communi dividundo ex jure in Re naſcatur; ſed eſt πρῶτον ψεῦδος, hanc eſſe rationem mixturæ; res actoris fieri dicuntur in *d. §. ult.* ex adjudicationibus, quæ in illis fiunt ex officio judicis, non pro jure & intentione actoris. Si actio communi dividundo, vel familiæ erciſc. ex jure in Re naſcatur, debuit hoc jus in Re competere alicui partium: Atqui adjudicatio, quæ rem facit alterutrius, eſt ex mero judicis officio, ut in verſiculis præcedentibus *ejuſdem tituli* docuit Juſtinianus. Quod ſi maxime id eſſet ex jure partium, quod res ipſis adquiritur, quis inde probet hoc eſſe jus in Re, cujus vi res noſtra fit per ſententiam? Aliter inculcat Juſtinianus in §. 14. *Inſt. de Action.* ubi id proprium eſſe tradit actionibus in perſonam, quod res actori detur, *ita ut ejus fiat*, adeoque juri ad Rem potius id conveniret. Non puto quemquam uſurum argumento *l. 37. §. 1. de O & A* quanquam revera ſunt qui eam citant, ubi judicia diviſoria vocantur mixta, quoniam uterque in illis actor eſt: Etenim, cui non liquet, mixtum illic ſuo modo dici, quod alias duplex appellatur, *l. 13. & ſequ. de judic.*? Nihilo melior captio eſt ex *l. 3. §. ult. de R. V.* quam ſimiliter proferri videmus.

TERTIA ACTIONUM DIVISIO.

20. (r) Ex omnibus Actionum diviſionibus nulla facilior, quam quæ jam ſequitur, eſſe videtur; Omnes actiones vel in ſimplum conceptæ ſunt, vel in duplum. §. 21. *h. t.* In ſimplum ſunt omnes rei perſecutoriæ, ſive ex contractu, ſive ex delicto ſint, quales paucæ dantur, ut dictum & dicetur amplius *ad tit. de perpet. & tempor. Action.* Exempla nihil opus eſt memorari, cum in numerato ſint omnibus: habentur tamen aliqua in §. 22. ex ſtipulatione, ex mutui datione, (poteſt igitur condictio certi, quæ eſt actio mutui, ſpecialis ex mutuo appellari, quanquam a natura condictionis in genere ſumptæ nihil differat) ex empto venditio, locato conducto, mandato, aliiſque quam plurimis cauſis. Quæ in duplum proditæ ſunt actiones, ex delicto oriuntur, ut eſt furti nec manifeſti, atque ſervi corrupti; qua actione tenetur, qui ſervum alienum malis moribus corrupit, *l. 1. & ſeq. de ſerv. corr.* quæ eſt etiam utilis actio de ſuioſam. corrupto. *l. 14. §. 1. eod.* Sunt etiam in duplum tres illæ actiones, quæ inficiando litem augent in duplum, de quibus actum eſt in *§. ult. ſupra de oblig. quæ Quaſi ex contract.* videlicet actio Legis Aquiliæ, depoſiti miſerabilis, atque Legati piis locis relicti; ſic eſt in §. 23. *h. t.* In triplum una duntaxat actio traditur *in* §. 24. quæ datur adverſus eum, qui majorem vero debito quantitatem libello complexus eſt, ea gratia, ut viatores, ſive executores litium, majores ſportulas exigant. Sportulæ ſunt, τὰ ἐν σπυρίδι διδόμενα ξένια ait *Gloſſar. Græc. apud Briſſon. de V. S. munuſcula, quæ in ſporta dantur*; ſunt autem ſportæ calathi de vimine texti. *l. 3. §. ult. D. pen. leg.* Quia autem clientibus aliiſque ſalutatoribus, qui mane in atriis magnatum officii cauſa apparebant, ejuſmodi munuſcula diſtribuebantur, hæc quoque ſportulæ dicebantur; ut & cœnæ ac convivia, quæ hac cauſa dabantur; erogationes etiam quæ decurionibus fiebant, hoc nomen habebant. *l. 5. §. pen. de donat. int. Vir. & Ux. l. 6. §. 1. de decurion.* Denique pecuniæ, quæ judicibus & executoribus litium dabantur, hoc nomine veniunt, *Rubric. C. de ſportul. & ſumpt. in div. jud. l. 33. §. 5. C. de Epiſc. & Cler.* hoc quidem loco ſalaria, maxime ipſorum executorum atque viatorum, intelliguntur; quatenus ipſorum fraus & lucrifaciendi animus notatur, atque coercetur pœna tripli, cui tamen & ſimplum ineſt, ut monet Imperator in *d. §. 24.* unde jam ultro liquet, ſportularum quantitatem proportione ſortis petitæ variari, quod hodieque ita fere in judiciis obſervatur. * Poſtremo actiones in quadruplum recenſentur in §. 25. furti manifeſti, quod metus cauſa, quæ datur adverſus eum, qui metum vel fecit

(r) *Poſ. 48. & ſeqq.*

* Jure noſtro ac fere univerſæ Germaniæ, ſportularum Judicialium certa taxa lege conſtituitur, quam quoties Actores in liquidando excedunt, per ſententiam expenſarum judicialium fieri ſolet moderatio. jung. *Leipz Ober Hof-Gerichts-Ordn. rubr. von Sportulen.* it. *die verneuerte* Taxa und Moderation. *der Gerichts-Schoppen-Amts-und anderer Gebuhren in peinlichen, burgerlichen und Hulffs-Sachen*, de Ann. 1642. *in Corp. jur. Sax. p. 785. ſeq.* adeoque condictionum, quæ eo nomine olim inſtituebantur, *vid. §. 24, 25. Inſt. h.* exiguus hodie aut nullus eſt uſus.

cit vel rem metu extortam, aut lucrum exinde possidet, intra annum in quadruplum, post annum in simplum, *l.* 14. §. 1. *Quod met. cauf.* sed est mixti generis, quia simplum inest quadruplo, *d. l.* 14. §. 9. *& seqq.* Dein Actio de Calumniatoribus est etiam in quadruplum, quando quis pecuniam accepit ut alicui calumniæ causa negotium faceret vel non faceret, ut loquitur Cæsar, *d.* §. 25. proinde calumniator est, qui pecuniam, ut alium improba lite vexaret, accepit. *l.* 1. *& l.* 3. *de Calumniat.* Videtur autem & hæc actio esse mixta, uti simplum quadruplo contineatur, prout colligitur *ex l.* 5. §. 1. *eod. tit.* Ultimo loco memoratur in quadruplum actio Condictitia, hoc est condictio ex lege, quæ datur adversus executores litium, qui majores sportulas, aut aliud quicquam præter & supra legem, a reis, hoc est a litigantium utroque (vid. *supr. de duobus reis stipul. in pr.*) exegerunt. *d.* §. 25. *in fin.*

Hæc est ratio atque distinctio actionum in duplum & in triplum. Neque tamen omnes ejusmodi sunt ab initio suaque natura, quædam prius in simplum dantur & ex post facto fiunt in duplum vel in quadruplum. Duplariæ, quæ prius inficiantibus duplum infligunt, Depositi miserabilis, Aquiliæ Legis, & Legati locis sacris relicti actiones. Nam si quis hisce primum conventus satisfecerit actori, simplo defungi potest; deinde cum negaverit ex iis causis se esse debitorem, crescit in duplum condemnatio §. 26. *h.* Reliquæ dupli actiones, quas recensuimus, originaliter absoluteque in duplum competunt. In quadruplum actiones sunt etiam tales simpliciter, excepta quod metus causa actione; quæ similiter in principio ad restituendum simpliciter comparata est, ita ut, si is, qui rem metu extortam tenet, conventus eam restituat, nihil ultra solvat; Si vero jussus arbitrio judicis restitutionem contumaciter neget, tum demum quadruplo, raptoris exemplo, mulctatur. *l.* 14. §. 1. *Quod met. cauf.*

21. (s) Succedit QUARTA DIVISIO, qua actiones dicuntur esse vel bonæ fidei, vel stricti juris, vel arbitrariæ: Est hæc actionibus propria divisio, tametsi contractus etiam bonæ fidei vel stricti juris appellentur. *l.* 32. §. 2. *de usur. l.* 22. *de donat. l.* 27. §. 2. *de Pact. & alibi.* Nominis sane communionem ab actionibus habent contractus; sed causam originemque hujus qualitatis habent actiones a contractibus, ut ex infra dicendis patebit. Describuntur bonæ fidei actiones, quod eæ sint, in quibus judex libere æstimat, quantum alter alteri ex æquo & bono, etiam ultra expressam conventionem, dare præstare debeat, fere ut Donellus ad *d.* §. 28. Stricti juris contra sunt, in quibus judex adstringitur conventioni partium formulæque Prætoris, quarum terminos egredi non potest. Donell. & Giphan. *ad d.* §. 28. Bonæ fidei judicia vocabantur olim arbitria, teste Cicerone, *lib.* 3. *off. & pass. in orat.* stricti juris actiones simpliciter judicia dicebantur, in quibus, ut ait *Cic. pro Rosc.* id quod petitur, ad *libellam* adjudicandum est, sive, ut Turnebus interpretatur, ad *teruncium.* 29. *Advers.* 36. Quando ejusmodi arbitrium seu bonæ f. judicium movebatur apud Prætorem, tunc in formula, qua dabat judicem ad illam causam, hæc verba inserebat, EX BONA FIDE; vel, *ut æquius melius*, uti testis est Cicero *d. lib.* 3. *off.* vel ita: *inter bonos bene agier.* Giphan. *ad d.* §. 28. Pertinet huc, quod Seneca scribit, 1. *de benef. c.* 7. *Ideo*, inquit, *melior videtur conditio causæ, si ad judicem, quam ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit & certos quos non excedat terminos ponit, hunc libera & nullis adstricta vinculis religio; & detrahere aliquid potest & adjicere, & sententiam suam, non prout lex & justitia suadet, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere;* & *lib.* 1. *de Clement. Clementia*, ait, *liberum arbitrium habet, non sub formula judicat.* Ciceronis etiam verba lucem huic rei præbent, *in orat. pro Rosc. Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex; Si paret sestertium, septingenta dari oporteret,* (sic erat formula Prætoris) *hic, nisi planum facit, sestertia septingenta ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: quantum æquius & melius, id dari.* Ex his locis manifestum fit, verbis, *bonæ fidei*, in hac divisione inferri laxum liberumque judicis officium æstimandi, quid partes sibi invicem dare præstare oporteat, etiam ultra expressam conventionem atque formulam prætoris. Enimvero *bona fides* hic etiam significat naturali verborum sensu, talem animi virtutem, quæ dolo malo opponitur, ut ex Cicerone & Seneca, *dd. locis*, denique & ex *l.* 5. *de usur.* probatur. Neque tamen inde sequitur, in actionibus stricti juris posse virtutem illam integræ fidei, ut dicitur in *l.* 1. *C. de suffrag.*

(s) *Pos.* 54. *& seqq.*

suffrag. sinceræ fidei, *l.* 2. *C. si propt. publ. pensit.* abesse; nam hoc requisitum sine dubio cunctis tribuitur contractibus, *l.* 59. §. 1. *Mandati.* habetur equidem in strictis actionibus ratio justi atque honesti. §.24. *Inst. de inutil. stipul.* at non adeo largiter ac in bonæ f. judiciis, ubi effectus ejus sunt laxiores, ac ut Dd. loquuntur, effreniores. Joh. Faber *ad d.* §. 28. *n.*1. Unde liquet, nullam fuisse rationem Amesio nostro, hanc partitionem nigro calculo notandi, cujus vim nullo modo intellexit. *lib.* 5. *de conscient. c.* 42. *n.* 22. Nomen bonæ fidei adscribitur alteri membro divisionis hujus οὐ μετὰ διαστολῆς, ἀλλὰ κατ' ἐξοχὴν, *per excellentiam*, *non quod oppositæ speciei negetur*. Hoc etiam facile ex superioribus intelligitur, strictum jus in alterius speciei nomenclatura non esse idem, cujus fit mentio *in l.*8. *C. de judic.* vel in *l.* 1. *C. de LL.* juris stricti vocabulum bene cum Donello accipietur de potestate Legibus seu jure concessa & ab iisdem coarctata. Nam in *d. l.* 8. *& l.*1. jus strictum bono & æquo ita opponitur, ut hoc de eo prædicari nequeat. Theophilus hoc nomine reprehenditur, quod usitata vocum proprietate deceptus, stricti juris actiones esse putavit, in quibus observatur τὸ ἀκριβοδίκαιον, quod est secundum Philosophum 5. *ad Nicomach. c.* 10. *jus exactius duriusque*, τὸ ἔσχατον τῆς δίκης, *summum jus*, quod est summa sæpe injuria. Ego in Theophilo id ita non reperio; Ait quidem, ἐν οἷς τῆς ἀκριβείας γίνεται λόγος, & deinde in bonæ fidei judiciis, inquit, ἐξουσία δίδοται τῷ δικάζοντι ἐκ τοῦ καλλίστου καὶ δικαίου κρίνειν. Sed hæc verba sic commodissime excipiuntur, ut judex in his actionibus judicet ex *optimo justo*, ex bono & æquo per excellentiam; in illis ex præscripto, nec ultra quam expressum, nihilo secus ac modo explicatum est.

22. Jam porro, scire Prætorem oportuit, quibus actionibus illa verba ex *bona fide* vel similia, essent addenda; proinde notam oportet eum habuisse aliquam, ex qua, cujus naturæ quælibet actio foret, admoneretur: vel si dicas, formularum eo tempore libros fuisse de singulis actionibus, manet eadem quæstio; unde cuique actioni modo bonæ fidei clausula sit adjecta, modo secus. Cicero causam, cur bonæ fidei quædam sint actiones, hanc reddit, quod iis vitæ societas contineatur, *d. l.* 3. *off.* cum qua fere coincidit ea, quam alii, ut Joh. Fab. *ad d.*§.28. *in fin.* tradunt; eorum contractuum, qui b. f. dicuntur, usum magis esse necessarium, atque propterea actiones eorum esse debere pleniores; at hoc improbat Jason ad *d.* §. 28. *n.* 17. per instantiam a stipulatione & a mutuo in contrarium desumptam. Fabri tamen recte se habet ratio; nec ea per duplicem illam instantiam destruitur, ob peculiarem stipulationis & mutui naturam. Stipulatio est verborum obligatio ad hoc introducta, ut e verbis solummodo, non aliunde, mens partium constet, quare stricti juris conditio ejus æstimatur. Mutuum vero est contractus beneficiis & liberalitati exercendæ inventus; quæ nullam admittit extensionem, nec ad augendam nec ad minuendam liberalitatem, excluso fructuum & usurarum augmento. His rebus factum est, ut frequentia horum contractuum non admiserit extensionem e præsumpta partium voluntate. Cæterum, ex sententia Jasonis, *d. l.* τοῦτο μὲν κεῖται ἐν ἀποκρύφοις, est confugiendum ad *L. non omnium. ff. de LL.* quo etiam propendet Wesenbec. ad *d.* §. 28. nec alienus est inde A. Matth. *Coll.* 2. *Inst. disp. XI. th.* 14. Ego malim priori de frequentia jungere aliam rationem; ut Bonæ f. actiones inde noscantur, quod oriuntur e contractibus reciprocas præstationes habentibus.

SCHOLIUM.

Adde hanc: quæ vel præsupponunt præstationes mutuas proportione ad se invicem gaudentes, vel oriuntur ex præstito aliquo beneficio, non tendente tamen ad translationem dominii.

RESPONSIO.

Non videtur hæc additio admodum esse necessaria, ut infra videbimus.

N. ADDIT.

Sit ita, & per me adeo expungatur jam & scholium præsens, & scholium sequens, quod Autor apposuit hic ad n.28.

Ita primus docuit Hotomannus ad *d.* §. *ult.* quo nomine laudatur a Donello. *ibid. n.* 43. Neque fallit hæc ratio, præterquam in hereditatis petitione; quæ olim inter bonæ fidei judicia non fuit habita, nec aliter inter ea relata est, quam ratione præstationum personalium, quæ judicio illi accidere solent. Superest, ut numerum b. f. actionum, quibus nota jam est impressa, ineamus. Editus est earum catalogus ab Justiniano in *d.* §. 28. qui cum singularis sit, nec alibi reperiatur, consentaneum est, hunc numerum pro decisorio haberi, censente ita Cujacio, *l.* 11. *observ. c.* 39. Donell. *ad d.*

Digitized by Google

ad d. §.28. Mynſingero *ibid. n.7.* Vultejo *ibid. n.* 12. aliiſque.

Quæ heic extant actiones, ab Interpretibus varie dividuntur. Nos ita ſimpliciter; I. Bonæ fidei ſunt omnes e contractibus conſenſualibus actiones, ut eſt empti venditi, locati conducti, pro Socio, Mandati. II. Omnes e contractibus, qui Re perficiuntur, excepto mutuo; Nam Commodati, depoſiti, pignoratitia, hic habentur. III. Actiones e quaſi contractibus, ut eſt negotiorum geſtorum, tutelæ, communi dividundo, familiæ erciſcundæ. Sed condictio indebiti hic non reperitur & eſt ſtricti juris, *arg.* §.1. *I. quib. mod. re contrah. oblig.* actio ex teſtamento mixti generis eſſe videtur, Strictæ naturæ eſt in *l.5. de eo, quod cert. loc.* juncta *l. 7. eod.* Ratione fructuum & uſurarum eſt bonæ fidei, *l.* 87. §.1. *de Legat.* 2. vid. Bachov. *diſput.* 6. *de Action. th.* 5. in numero tamen ſtrictarum collocanda videtur, quatenus hic non memoratur *in* §. 28. Sunt etiam, qui de actione finium regundorum dubitant, Bachov. *d. diſp.* 6. *th.* 4. pene a ſeipſo diſſentiens *th.* 12. Moventur & plures, de quibus vid. A. Matth. *colleg. Inſt.* 3. *diſp. VI. th.* 28. Sed rationes quæ proferuntur, evertere non poſſunt axioma quod hic ſupponitur, Præter enumeratas *d.* §.28. non dari alias b. f. actiones. Quæ tamen Regula non ita mordicus accipienda, ut etiam utiles excludantur, quoniam hæ ſub nomine directarum continentur, ut ſunt actio protutelæ, utilis curationis cauſa actio; nec non poſſeſſoria & fideicommiſſaria hereditatis petitio, quoniam in illis omnibus eædem præſtationes verſantur, quæ in actionibus directis & principalibus ad quas referuntur; etiam per *l.* 14. §. 11. 13. & 16. *de Religioſ.* A. Matth. *d. diſp. th.* 17. etſi diſſ. Joh. Fab. ad *d.* §. 28. *num.* 5. *lit.* 9. Quin & contrarias actiones ſub nomine directarum hic contineri, ratio atque analogia juris dictant, licet invita ratione diſſentiat Hotomannus *ad hunc* §. 28. Ratio tamen ejus prima facie non videtur abſurda; quippe ſic in jure noſtro proditum eſt, in actionibus contrariis non agi de fide rupta *l.5. depoſiti l.* 6. §. *ult. de his, qui not. inf.* Nam ſine dubio in cunctis b. f. judiciis agitur de præſtationibus quæ *ἐκ τοῦ καλλίσου δικάιου*, ex optima fide ſervata vel rupta oriuntur. Ita quidem de toto judicio, cujus pars eſt actio contraria, ſe res habet; atque inde ſit, ut laxitas officii judicis in iis obtineat; e qua laxitate differentia judiciorum b. f. & ſtr. juris pendet; atqui officium judicis non poteſt aliud eſſe in actione contraria quam fuit in directa, ſiquidem contraria nihil eſt aliud quam reciprocatio ejuſdem judicii, quod ſine injuria partis alterius diverſas præſtationes recipere non poſſet. Nihil etiam dubitandum, quin actiones, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis diſtinguuntur, ut exercitoria, inſtitoria, quod juſſu, de peculio, de in rem verſo, tributoria, & ſi quæ ſunt ſimiles actionum earum, quas *χαρακτηρίζουσι*, naturam imitentur; proinde exercitoria empti, locati, erit bonæ fidei; exercitoria de mutuo ſtricti juris erit, ac ita in aliis. De emphyteuſeos actione magis dubitatur; Etenim bonæ fidei videtur, quoniam ex proprietatibus emptionis venditionis atque locationis conductionis compoſita eſt, §. 3. *Inſt. de locat.* ac adeo heic loci non tam omiſſa, quam ſub illis, & maxime ſub locatione comprehenſa videtur. Ita Connanus 7. *comment. c.* 21. Communiter tamen Dd. faciunt eam ſtricti juris, quia propriam per coſtitutiones principum naturam accepit. *d.* §.3. *l.* 1. & 2. *C. de jur. emphyt.* Ita Wiſſenb. *par. Si ager. vectig. pet.* Vultej. *ad d.* §. 28. *n.* 44. Priori tamen ſententiæ magis adſtipulamur cum D. Wiſſenbachio *parte* 1. *ad Pand. diſp.* 13. *th.* 32.

Superſunt actiones e contractibus innominatis oriundæ, præſcriptis verbis quæ dicuntur. Ex harum numero, quæ commemorantur in hoc §. 28. de permutatione & æſtimatoria; quarum hæc datur e contractu æſtimatorio, qui initur, quando quis rem alicui certo pretio æſtimatam hac lege tradit, ut aut rem ipſam aut illud pretium reddat, *l.* 1. *de æſtimat.* altera de permutatione, ſatis nota eſt *ex tit. de contrah. empt. vend.* Præter haſce duas non dari alias bonæ fidei, tenet communis Dd. ſententia, teſte Schneidewino ad *d.* §.28. *n.* 13. Ne Precarii quidem condemnatio, quæ ex bona fide naſcitur, ſummamque habet affinitatem cum commodato, *l.* 1. §. 3. & *l.2.* §. 2. *de Precar.* ejuſdem naturæ eſſe videtur, *arg. d.* §. 28. & per *l.* 8. §. 3. *d. t. de Precar.* ubi argumentum ab effectu *d. l.* 2. *in pr. de precar.* Et reliquæ præſcriptis verbis actiones, quæ ſunt actiones civiles ab aliis diſtinctæ, ſpeciali commemoratione duarum iſtarum, excludi videntur, ut prolixe diſputat Bachov. *diſp.6. de Action. th.* 8. Non movet, quod illa de precario aliæque, ex bono & æquo eſſe dicuntur; nam hoc etiam de condictione indebiti & de condictione ſine cauſa affirmatur, in *l. pen. de* con-

Digitized by Google

condict. indeb. in quibus tamen usuræ ex mora nec equidem lite contestata debentur; ut in b. f. judiciis fieri solet. *l.* 1. C. *de condict. indeb.* Quin & injuriarum actio ex bono & æquo esse dicitur, in *l.* 11. §. 1. *de injur.* idemque de actione sepulchri violati, *l.* 3. *in pr. & l. pen. de Sepulchr. viol.* & de actione in factum adversus judicem, qui male judicavit, affirmatur in *l. ult. de extraord. cognit.* quas tamen omnes nemo bonæ fidei esse contendit. Donell. *ad d.* §. 28. *n.* 39. *&* 40. Diversæ tamen sententiæ, quod ad reliquas præscriptis verbis actiones attinet, non desunt auctores neque rationes. Inter auctores sunt Hotom. ad *d.* §. 28. & *disp.* 5. *de Præscr. verb. n.* 34. Major. *colleg. Argent. de præscr. verb. th.* 14. *n.* 6. A. Matth. *Coll. Inst.* 3. *th.* 346. D. Wissenbach. *Disp. ad Inst. th.* 55. aliique, putantes, eas præscriptis verbis actiones, quæ dentur e negotiis, bonæ fidei contractibus vicinis, etiam fidei bonæ esse habendas.

SCHOLIUM.

Autor non respondet ad dubium, quod ipsi moveri poterat, propter notam actionem b. f. supra positam. Si enim actiones reciprocæ sunt bonæ fidei, sane nec actio æstimatoria, nec ex permutatione, ad eas referri debebant; nisi dicere velis, actiones præscriptis verbis omnes ad stricti juris referri debuisse, istas duas autem propter analogiam, quam permutatio & contractus æstimatorius habent cum emptione & locatione, fuisse exceptas. Deinde si, quod ibidem dicitur, contractus, qui mutuas habent præstationes, parium actiones b. f. etiam reliqui contractus innominati producere deberent b. f. actiones. Hinc addidi superius, quod illæ præstationes mutuæ proportionem ad se habere debeant, ut emptio, locatio &c. vel debeant oriri ex beneficio præstito, ut fit in commodato, mandato, deposito &c. De permutatione & contractu æstimatorio idem dicendum est. At facio ut des, do ut facias, facio ut facias, nullam proportionem requirunt, nec etiam ad beneficium, quod non nisi gratuitum est, referri poterunt.

RESPONSIO.

Nota actionum bonæ fidei inprimis est, quod sint e contractibus mutuas præstationes habentibus, quales utique sunt etiam permutatio & æstimatorius contractus, cui accedit adfinitas cum venditione & locatione, de qua Scholiastes; nec deest omnis agendi reciproca facultas in casu evictionis aut malæ fidei. Sed instat Thomasius: Reliquæ præscriptis verbis actiones sunt etiam e contractibus mutuas habentibus præstationes ut, facio ut des, facio ut facias, do ut facias: ergo & istæ erunt bonæ fidei: Respondetur, hanc rationem non esse solam, sed addidimus hanc, quod actiones bonæ fidei sunt usus necessarii & quotidiani: quæ ratio non habet locum in contractibus innominatis. Sic additione D. Thomasii carere licet; qua tamen si quis uti velit, non intercedo.

Postremo loco in nostro §. 28. commemoratur hereditatis petitio, quæ ex omnibus in rem actionibus sola est bonæ fidei, cum reliquæ sint arbitrariæ, ut deinde videbimus. Ratio, quæ hanc unam reliquis exemit. a præstationibus, quibus abundat *l.* 25. §. *antepen. de hered. petit.* arcessenda est; si quidem harum varietas necessitatem relaxandi judicis officii imponebat. Hæc sola ratio impulit Justinianum, ut cum hactenus dubitaretur, essetne connumeranda hereditatis petitio inter judicia bonæ fidei, in eam sententiam constitueret, per *l. ult. C. de pet. hered.* qua de re dix. *supra.* Donellus addit *ad d.* §. 28. *n. fin.* possessorem hereditatis quasi negotiorum gestorem esse, ratione præstationum illarum, quod tamen paulo est obscurius. De finium regundorum actione dicemus ad §. 31.

23. Olim quoque bonæ fidei fuit actio Rei uxoriæ, qua uxor soluto matrimonio dotem repetebat, *l.* 21. *in fin. Solut. matrim.* cujus etiam formulæ Cicero 3. *offic.* diserte refert hæc verba fuisse inserta; *Quod æquius melius, judicato*. Sed actio Rei uxoriæ a Justiniano transfusa est in actionem ex stipulatu de dote, §. 29. *h. t.* quoniam hæc jam olim competens, ubi mulier dotem sibi reddi stipulata erat, commoda quædam tribuebat mulieribus, quæ non inerant Rei uxoriæ actioni, ut Imperator ipse narrat *in l. un. C. de rei ux. act. statim. a princ.* sic tamen, ut eas qualitates, quibus olim fiebat, ut bonæ fidei haberetur, cum hac nova actione communicatas vellet: unde factum, ut hoc eveniret παράδοξον, actio ex stipulatu, quæ est alias exemplum stricti juris actionum, ut fieret bonæ fidei; sed plura sunt in hac actione παράδοξα, quæ Justinianus breviter in *d.* §. 29. *h.* commemorat, præter unum, quod ex *d. l. un. pr.* supplendum; dari scilicet hanc e stipulatu actionem mulieri, etsi nulla stipulatio intervenerit, ut mulieri quamlibet minus acriter suis commodis intentæ plenissime consuleretur. Tertium singulare, quod *in d. l. un.* & hoc §. 29. refertur, est hypotheca tacita, quam mulier habet in bonis mariti ad dotem conservandam; Nec tantum hypotheca

theca, sed & privilegio inter hypothecarios insigni gaudet mulier, quod præferatur omnibus, etiam antiquioribus & alias privilegiatis creditoribus. *d.* §. 20. *in fin. d. l. un.* §. 1. & *l. ult. C. Qui potior. in pig.* Rationem reddit Justinianus lepidam hujus privilegii, in *N.* 97. *c.* 3. quoniam, inquit, fornicantibus obvenit quæstus & vivunt exinde, absurdum erat caste viventibus e matrimonio detrimentum inferri. Solius autem mulieris providentia hoc introductum esse, testatur Justinianus in *d.* §. 29. quæ tamen verba solos heredes extraneos excludunt, ut ex *d. l. un.* §. 6. intelligitur & *d. l. ult. vers. exceptis. l. un. C. de privil. dot.* Verba Justiniani in *d. l.* 12. & *in N.* 97. *c.* 3. & 4. sunt efficacissima, ut neminem mulieri, præter eum, qui credidit in militiam emendam, præferat; adeoque non modo simplices hypothecarios, sed etiam contra privilegiatos id valet, dissentiente licet Bachovio *lib.* 4. *de pignor. c.* 14. neque tantum adversus eos, qui tacitas, sed etiam qui expressas per conventionem habent hypothecas, * a qua parte dissentit egregius Donellus *ad hunc* §. 29. *n.* 3.

24. (t) In §. 30. transit Imperator ad differentiam bonæ fidei & stricti juris actionum ex effectibus, in queis tota partitionis hujus utilitas consistit, explicandam. Ideo descriptionem bonæ fidei actionum, quæ modo a nobis occupata est, præmittit, eamque compensationis exemplo illustrat, quo aliud sane commodius eligere non potuisset. Etenim haud facile dixerim, an ista nobilis actionum divisio luculentius exhiberi potuerit, quam in effectu compensationis, quam hac occasione Justinianus breviter exponit. Est compensatio nihil aliud quam debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *de Compensat.* veluti, cum *primus* secundo centum debet, atque brevi postea *secundus* primo tantundem aut aliquanto minus incipit debere; tum posterius debitum cum priore contribuitur, aut in totum, aut juxta concurrentem quantitatem. Sed id quidem in bonæ fidei judiciis sine difficultate poterat admitti; nam etsi posterius debitum ex alia plane causa descenderet, neque vel in conventione vel in formula Prætoris ulla ejus mentio facta esset, amplitudo tamen potestatis, quam Judex per formulam ex bono & æquo consequebatur, facile permittebat, ut judex diversi plane debiti rationem haberet, actionemque propter eam causam vel negaret vel imminueret. Alia longe erat ratio in actionibus stricti juris: etenim, quia non poterat in illis Judex egredi terminos conventionis neque formulam a Prætore præscriptam, manifestum erat, debitum plane diversum ejusque disceptationem, officio Judicis ad certam causam dati minime comprehendi; sed Marcus Cæsar, philosophiæ civilis gravissimus auctor, cum videret in judiciis strictis, mutui, stipulationis & condictionum, quæ sunt frequentissimæ, maximo partium incommodo excludi compensationes, ne superstitione præceptorum juris, contra naturam causæ, & contra æquitatem cives laborarent, ita consuluit; ut & malo isti mederetur, neque tamen vim faceret ullam ordini judiciorum: Admitti voluit compensationes, mediante exceptione doli mali; Ipso jure non poterat hoc fieri, quamdiu institutum vetus dandi judices for-

(t) *Pos.* 63.

* Jure Saxonico Electorali, privilegium hoc prælationis tantum ad hypothecas tacitas anteriores, non ad expressas pertinet, P. 1. C. El. 28. pr. verb. *allen andern Glaubigern, so nicht altere ausdruckliche Verpfandung haben.* O. P. S. T. 43. §. *Die Ehrweiber.* verb. *aber gleichwohl nicht denenjenigen, so zuvor ausdruckliche* Hypothecas *haben.* §. *Welch der Weiber Recht.* verb. *alleine die ausdruckliche Verpfandung, Welche vor solcher Zeit hergegangen, fur alter geachtet werden.* Carpzov. *ad d. C.* 28. *def.* 64. 65. Mollerus *ad eand. n.* 37. Ziegler. *ad d. T. Ord. Proc. Sax.* verb. *aber gleichwohl nicht.* Interim sicuti ipsi hypothecarii taciti tempore priores, potiores sunt hypothecariis expressis posterioribus; ita etiam omnibus hypothecis expressis, quibus alia tacita præfertur, etiam dotis privilegium potius est, vi regulæ, si vinco vincentem te, multo magis vinco te, *l.* 14. §. 3. *ff. de divers. temp. præscr. c.* 7. *de preb. in* 6. secundum receptam in Saxonia *d. O. P. S.* interpretationem, Carpzov. *P.* 2. *C.* 28. *D.* 175. Martin. *ad* §. 1. *O. P. S. tit.* 43. *n.* 63. Berlich. *P.* 2. *concl.* 32. *n.* 2. Sic, quando Titius ex tutela a communi debitore a 721. suscepta, petit 1000.; Philippus ex credito sub hypotheca expressa an. 722. dato, postulat 1000.; Cæcilia uxor debitoris, ex dote an. 723. illata 1000.: Hæc quia vi privilegii prælationis Titium vincit, superat etiam a Titio victum Philippum. confer. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit.* 43. §. 6. jung. tamen *Ordin. Recognita.* §. *Wober aber.* apud Berger *Elect. Discept. For. secund. Ordin. Proc. Jud. d. Tit. p.* 1442. & *Monitum Ordinum Inclyt. Provincial. ap. eund. p.* 1448. Cæterum fruitur eodem privilegio prælationis uxor, ratione donorum nuptialium in dotem datorum. *Dec. El.* 51. verb. *Wenn ein Schwieger-Vater seinem Eydam zur Mitgift ein gewisses und zwar mit eingeschlossen des Hochzeit-Geschencks, mitzugeben versprochen, in solchem Fall ist es billig* pro Dote *zu halten.* Carpzov. *P.* 2. *C.* 28. *D.* 38. item ratione dotalitii, quatenus duplicatas dotis usuras non excedit. *arg. Ord. Process. Sax. Tit.* 45. §. *So wollen.* Carpzov. *d. C. def.* 95. conf. Berger *l. c. Obs.* 3. *p.* 1453. *seqq.* & Menck. *Disput. de quantitate dotalitii in Saxonia, th.* 12. *seqq.* nec indigna hoc privilegio censetur uxor, quæ sciens obærato nupsit. *Decis. El.* 6. ibique Philipp. *Obs.* 9. nisi luxuria ejus maritum ad inopiam redactum esse, constet. *d. Dec.* ibique Philipp. *Obs.* 4. quod tamen creditoribus liquido demonstrandum est, conf. Heig *P.* 2. *Q.* 8. *n.* 57. Casp. Henr. Horn. *Resp. Class.* 13. *sent.* 2.

Digitized by Google

formulasque præscribendi durabat. Sed ita res erat; Qui in stricto judicio compensationem movebat, is actori solidum petenti respondebat; Tu facis dolo malo contraque officium boni Viri, quod solidum petas, cum non ignores quid mihi vicissim debeas. Tum judex actionem quidem in solidum admittebat; sed exceptionis æquitate motus reum non condemnabat, nisi in id quod deductis deducendis actori competere appareret; ex quo tamen non sequitur, quod velle videtur Cujac. *lib.* 3. *obs.* 17. *& lib.* 22. *obs.* 8. omnes stricti juris actiones, opposita doli mali exceptione, fieri bonæ fidei; quod extra caput hoc, in jure diserte proditum, non licet affirmare; uti pluribus probat Bachov. *d. disp.* 6. *de Action. th.* 29. quanquam Cujacio adsentiri videtur Vultejus *ad d.* §. 28. *n.* 14. Cæterum, non longo post Marcum tempore in usum fori receptum est, ut compensationes in omnibus judiciis ipso jure operentur, quod non modo Imperator Alexander rescribit in *l.* 4. *C. de Compensat.* sed & Paulus JCtus in *l.* 4. *& l.* 21. *de Compensat.* idque se quoque sancire narrat Justinianus in *l. ult. pr. C. eod. tit.* videtur hoc autem novi ipsemet addidisse, quod antea compensatio non nisi in quantitatibus ipso jure fiebat; ipse vero in actionibus in rem idem illud constituit; eo sensu quo statim videbimus.

Prius intelligendum, quid sibi velit, quod ipso jure fieri dicitur compensatio: Enimvero Judex divinare non potest quid invicem debeatur: ideoque nihil ambigendum, quin objicienda sit compensatio; sed duplex intellectus superest, primo, Contributio utriusque debiti & extinctio vel diminutio ejus quod vice mutua debetur, non habet effectum ab eo demum tempore, quo actu in judicio movetur, sed exinde, quo vicissim deberi cœpit, ita ut usuræ debiti reciproci confestim cessaverint, etsi novum illud debitum, quo vetus sublatum aut minutum est, non fuerit usurarium. *d. l.* 21. *& d. l.* 4. *C. eod.* Alter sensus est, quod judex compensationem admittere ejusque rationem habere possit, etsi in formula Prætoris ejus nulla mentio habita fuerit; perinde ut olim in solis bonæ fidei judiciis fieri potuisse prædiximus. Eodem modo accipiendum, quod exceptiones in bonæ f. judiciis ipso jure inesse legimus in *l.* 3. *de Rescind. vend. l.* 84. §. 5. *de Legat.* 1. *l.* 31. *& ult. de hered. pet.* Superest tamen hodieque discrimen, ut videtur, quod in strictis judiciis exceptiones initio litis contestari oportet, in bonæ fidei, contestatio non est necessaria, *l.* 9. *C. de præscript. longi temp. l.* 8. *& 9. C. de except.* sed hac de re plenius agendum, *ad tit. de Exception.* Ad compensationem redeundum. Manifestum est eam ipso jure non posse aliter institui, quam si res sint ejusmodi, in quibus nulla facti incertitudo versetur. Proinde necessum est, uti liquida sint debita, non controversa; uti quantitates sint ejusdem generis & bonitatis, in quibus nulla sit varietas aut inæqualitas æstimationis, quod res loquitur in pecunia maxime habere locum. Nam in corporibus aliisque etiam quantitatibus, ut oleo, vino, frumento, semper aliqua inæqualitas reperitur, nisi corpus vel quantitas eadem in genere debeatur, in quod nulla cadere potest affectio. Denique Justinianus in hoc §. 30. & *in d. l. ult. C. de Compensat.* facit etiam locum compensationi in actionibus in Rem, commodati, aliisque, ubi agitur de restitutione specierum, id est rerum corporalium: sed hoc ut intelligatur, facile explicatu est; quatenus in illis actionibus quæritur de pretio rerum deperditarum vel corruptarum, adeoque de pecunia, sic ibi compensatio exercetur, nec dubium, quin eo sensu in ipsa quoque depositi actione obtineat, tametsi Justinianus depositum a compensatione excipiat. Nimirum quatenus hoc prætextu dominus rerum depositarum ex actione defraudaretur: Non vult Cæsar restitutionem depositi ullam moram accipere obtentu compensationis; sed ubi tantum de præstatione pecuniaria ex causa depositi agitur, ibi nulla ratio dubitandi reddi potest, quare compensatio esset neganda. Bachov. *disp.* 6. *de Action. th.* 23. Eodem modo explicandum quod de invasione rei immobilis admonetur in *d. l. ult. C. de Compensat.* cessare quoque in illa compensationem, uti ne invasor ullo prætextu restitutionem ejus quod occupavit, recuset.

Præter hosce duos effectus, qui a differentia bonæ fidei & stricti juris actionum proficiscuntur, videlicet compensationis & exceptionum, notandi sunt breviter alii tres vel quatuor. Primo, dolus dans causam contractui b. fidei, reddit eum ipso jure nullum; in contractu stricti juris exceptio inde nascitur. *l.* 7. *pr. &* §. 3. *de dol. mal. l.* 3. §. *ult. ff. pro soc. l.* 16. §. 1. *de minor. l.* 13. §. 14. *de Action. empt. l.* 22. *& l.* 36. *de V. O.* (6) Secundo, cum res deperdita, vel deterior facta venit æstimanda, in contractibus

(6) *Distinctio inter dolum dantem causam contractui, & incidentem in contractum, quam Auctor hic supponit, rejiciendam puto. Sed hac de re proprius occurret locus ad tit. ff. de dolo malo. n.* 4.

Digitized by Google

ctibus b. f. spectatur tempus, quanti res plurimi fuit usque ad sententiam; in strictis, usque ad litem contestatam, *l.* 3. §. 2. *Commod.* Tertio, in judiciis bonæ fidei usuræ debentur, etiam ex pacto nudo & ex mora, *l.* 32. §. 2. *de usur. l.* 17. §. 4. *eod. l.* 22. *pr. de donat.* in strictis, non nisi ex stipulatione expressa, *l.* 1. & *l.* 3. *C. de usur.* Similiter fructus & reliquæ accessiones, in b. f. actionibus a tempore moræ debentur, *tit. C. de usur. & fruct. leg. l.* 3. *de usur.* at in strictis duntaxat a lite contestata. *l.* 38. §. 7. *de usur. l.* 78. *de R. V.* Quarto, pacta in continenti adjecta bonæ fidei contractibus, actionem inde producunt, secus ac in iis quæ sunt stricti juris. *l.* 7. §. 5. *de pact.* Cujac. 10. *obs.* 24. Hæc omnia ab eo, quod initio diximus, a laxa videlicet aut angusta judicis potestate pendent; quæ licet singula majoris sint controversiæ quam ut tribus verbis in tuto collocari possint, heic tamen brevi auditu transmittuntur, quia suis locis ex professo de illis agendum erit. Moribus hodiernis sunt, qui volunt hoc discrimen actionum esse obsoletum. * *Quascumque evolveris leges municipales, nusquam reperies ullam talem fieri actionum divisionem*, verba sunt Gudelini *de jur. noviss. cap.* 14. *vers. sed quid.* Itaque ex ejus sententia omnes hodie sunt bonæ fidei. At si quidquid in legibus municipiorum non invenitur, pro abrogato esset habendum, Jurisprudentia equidem Romana valde in arctum redigeretur; adsentior potius Bachovio *d. disp.* 6. *th.* 12. cum effectus divisionis illius a natura contractuum, quæ non est mutata, pendeant, nec ipsos ita videri sublatos. Apud nos hanc divisionem plenum habere vigorem, exceptis iis, quæ a veteribus formulis pendebant, locuples auctor est Sandius *lib.* 3. *decis. tit.* 14. *defin.* 1.

25. (u) Sequuntur actiones ARBITRARIÆ, quas Dd. nonnulli pro tertia specie non agnoscunt; etenim cum bimembrem, quæ est in *d.* §. 28. divisionem pro completa agnoscant, omnesque ibi non memoratas judicent esse strictas, nihil supererat, quam ut arbitrarias in numero strictarum haberent, & arbitrium pro qualitate accidentali, per quam natura actionum in se non mutetur; pro qua sententia disserit Joh. Faber. *ad* §. 31. *h. t.* Non est quidem adeo hæc opinio absurda, quam videtur Bachovio *disp.* 7. *de action. th.* 1. potius tamen ut species tertia consideretur: quoniam id, quod has actiones facit arbitrarias, in ipsa formula Prætoris habebat fundamentum. Nam in actionibus in Rem, quæ proprie hanc speciem arbitrariam constituunt, hujusmodi formula erat usitata; *Si paret, fundum Q. D. AP. Titii ex jure Quiritium esse, neque is fundus ei a Mævio restituetur, judex condemna*, Cicero *Verr.* 3. Brisson. *lib.* 5. *formular.* Cum qua consentit Justinianus in *hoc* §. 31. ubi, arbitrarias actiones ex arbitrio Judicis pendere scribit, hoc sensu, ut in iis, *nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat.* Secundum hæc Justiniani dicta, sic finire licet: Actiones arbitrariæ sunt, in quibus si judicis arbitrio jubentis rem petitori restitui, non pareat Reus, condemnatio in aliquid majus sequitur. Hæc definitio ex verbis Justiniani clare petita, satis demonstrat, esse arbitrarias ejusmodi actiones, quæ nec sub bonæ fidei neque sub strictis comprehendi queant, quemadmodum & ex methodo Cæsaris in hisce *tribus* §§. & *l.* 3. §. 1. *de usur.* abunde liquet. Alii definitionem petunt ex ultimis Justiniani verbis in *d.* §. 31. ubi sic ait: *In his enim actionibus & cæteris similibus, permittitur judici ex bono & æquo, secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.* Unde A. Matthæus *coll. Inst.* 2. *disp.* 11. *th.* 21. & Hotom. *ad h.* §. 31. in hunc modum finiunt: Actiones arbitrariæ sunt, in quibus judici libera est potestas æstimandi ex bono & æquo, citra mutuam obligationem indeque natam bonam fidem, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Verum eo modo satis obscura fuerit harum actionum ab iis, quæ bonæ fidei vocantur, differentia, ut etiam Græci Interpp. eas species confuderunt, quo nomine eos reprehendit Vultej. *ad* §. 28. *h. t. n.* 17. quanquam Theophilus æque de iis distincte

(u) *Pos.* 64. 65. & 66.

* Sunt etiam, qui in Saxonia discrimen, quod inter actiones bonæ fidei & stricti juris intercedit, sublatum esse contendunt. Ac ipse Carpzov. *Part.* 3. *Dec.* 261. *num.* 10. 11. Schilter. *ad ff. Ex.* 23. §. 55. circa juramentum litis, nullam agnoscunt inter bonæ fidei & stricti juris actiones differentiam, sed cum Jure Saxonico, aliud nunquam constitutum sit, discrimen potius illud adhuc hodie faciat, quod in b. f. actionibus post moram adjudicentur usuræ, *l.* 32. §. 2. *ff. de usur.* in stricti juris demum, cum promissæ fuerint, *l.* 3. *C. eod.* divisionem hanc actionum etiam apud nos usu haud destitui existimo. vid. Brunnem. *ad l.* 5. *ff. de in lit. jur. n.* 9. Batt. Leonh. Styckendorfer, *d. actionib. c.* 2. §. 93. add. Menck. *Controvers. Jur. Civil. Disp. V. th.* 2.

tincte loquatur ac ipse Justinianus: quando sic infit; ἐν αἷς εἰ μὴ μεσιτείᾳ καὶ τῇ κελεύσει τοῦ δικαστοῦ ὁ ῥέος ἀποκαταστήσῃ, & mox: τοῦτο δὲ ποιήσας καὶ ἀποκαταστήσας διαφεύγει τὴν καταδίκην, διὰ τὸ ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταῦτα ταῖς ἀγωγαῖς. *Arbitrariæ sunt, in quibus, nisi arbitrio jussuque judicis Reus restituat, omnino condemnatur. Ubi autem hoc fecerit atque restituerit rem, evitat condemnationem; quoniam ea est harum actionum propria natura.* Non poterat melius ad formam nostræ definitionis. Igitur harum actionum discrimen, in conceptione formulæ antiqua maxime consistit; secundum quam ita fuit procedendum, ut primo judex agnosceret, essetne res petitoris nec ne; dein, hoc comperto, arbitrium, hoc est jussum, interponeret, de restituendo; cui si Reus pareret, absolutum erat judicium; si non pareret, ille jussus tantum erat interlocutio, quam mox sententia sequebatur peremptoria, quæ Reum condemnabat aut in certam & Lege præscriptam pecuniæ summam, aut in id quod æquum & bonum ei videbatur, quemadmodum ex inductione singularum specierum inferius patebit & latius probatur a Bachovio. *d. disp. 7. de Action. th. 7. 8. & 9.* Tu dices, si nulla est quam ex formulis differentia, nullam oportet esse jure novo, postquam formulæ & impetrationes solennes sunt abolitæ in *tit. C. de formul. & impetr. act. subl.* Responsio est, hanc nihilominus esse naturam harum actionum, τοῦτο ταῖς ἀγωγαῖς ἐγκεῖσθαι, ut ait Theophilus; quod si reus arbitrio judicis rem sine mora restituat, evitat condemnationem. At rursus quærere licet; cujus igitur naturæ tum sit actio, quando reus primo judicis arbitrio rem restituit, quia tum gravior condemnatio, quæ differentiam huic generi actionum infert, non instituitur; Respondendum videtur, eas actiones tum magis stricti juris videri; utique singulas in eo statu consideratas, quia effectus b. f. in illis non possunt habere locum, lege tacente; Rursus instabis; Ergo arbitraria qualitas tantum est adjectitia, quæ non habeat usum, nisi ob supervenientem fortuitamque rei contumaciam. Respondetur, naturam harum actionum in genere esse spectandam & ex formula quam Prætor eis ab initio dabat, cui & arbitrium & gravius condemnandi facultas inferebatur: Sufficit, ita has actiones esse comparatas, ut esse queant ejusmodi, quales sunt descriptæ, licet in eventu tales non semper existant, sicut actio Legis Aquiliæ pœnalium numero habetur, quia potest esse pœnalis condemnatio, licet in hypothesi atque in eventu sæpe fiat ut sententia non egrediatur simplicem rei persecutionem, ut diximus ad §. 9. *supra de L. Aquil.* Postremo, si ita quæratur, an post contumaciam actiones hæ non fiant bonæ fidei; quia tum judex æstimare debet ex æquo & bono, quantum & quomodo actori sit satisfaciendum; respondebimus, non esse tunc eas bonæ fidei; primo, quia potestas illa æstimationis non venit ex mutua obligatione: & dein, quia laxitas æstimationis libertasque minor est in arbitrariis, quam in bonæ fidei judiciis; Nam in quibusdam ex illis certa condemnatio judici præscripta est, veluti in actione quod metus causa, ubi quadruplum a contumacibus exigitur, *l. 14. §. 1. ff. Quod met. c.* in cæteris etsi nulla quantitas definita est, nihil tamen quam contumaciæ satisfactionem judex habet æstimandam, reliqui bonæ fidei effectus, quos supra commemoravimus, in iis non perinde exercentur.

Fuit descriptio actionum arbitrariarum; Sequuntur species quæ *in d. §. 31.* enumerantur, & sunt primo omnes in rem actiones, tam civiles quam Prætoriæ: harum aliquas nominatim recenset Imperator; at civilem Rei vindicationem ejusdem esse naturæ, liquet ex *l. 68. de R. V.* ubi primo jussus judicis ad restituendam rem petitam, simpliciter collocatur; dein, si non pareat reus, sequitur condemnatio *duntaxat*, hoc est, ad minimum in fructus & in omnem causam; si vero dolus subsit, in tantum condemnatur, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, *d. l. 68.* ubi in fine JCtus hanc sententiam dicit esse generalem, & ad omnia, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, pertinere; quemadmodum sane actio confessoria hanc ipsam habet arbitrariam condemnationem. *l. 7. Si servit. vindic.* Solam hereditatis petitionem e numero actionum bonæ fidei, exemptam esse diximus *ad §. 28.* Porro in personam Actiones arbitrariæ sunt, Actio quod metus causa, actio de dolo & ad Exhibendum. *d. §. 31.* De prima est textus *in d. l. 14. §. 1. & 3. Quod met. c.* ubi diserte traditur, reum habere facultatem restituendi, si vult pœnam evitare, & non esse hanc actionem statim in quadruplum, sed ita demum, si res non restituatur. De actione de dolo, sic Paulus ait in *l. 18. pr. D. dol. mal.* arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, & nisi fiat restitutio, sequitur condem-

condemnatio quanti ea res est, vel quanti actor in litem juraverit. De actione ad exhibendum, textus proprii sunt in §.3. *infra de offic. jud. in l.* 3. §. 2. & *l.* 9. §. 5. *ad Exhib.* Actio quoque Redhibitoria, quæ est ex Ædilitio Edicto, satis perspicue hujus naturæ esse, noscitur ex *l.* 45. *de Ædil. Edict.* ubi duplicem habere dicitur condemnationem; primo enim simplo defungi potest; si non reddat quod debet, in duplum condemnatur. Actionem finium regundorum esse arbitrariam, probat Pacius *Isag. ad tit. de fin. regund. ex l.* 7. *eod.* ubi de modo agrorum arbitri dicuntur dari: sed hoc quidem minus est ἀποδεικτικόν; siquidem & in familia ercifcunda arbitri dantur *l. ult.* π. *Famil. Ercisc.* Magis ad rem pertinet, quod est scriptum in *l.* 4. §.3. *eod.* si quis judici non pareat, eum condemnari; Nam hæc est ipsa proprietas, quæ actionem facit arbitrariam; analogia quoque hujus actionis cum actionibus in rem, facit, ut hæc sententia facilius recipiatur; Nam est pro Rei vindicatione, *l.* 1. *eod.* eundemque habet effectum; Proinde, si Judex arbitratus sit alterum ex litigantibus fines antiquos restituere debere, isque paruerit, bene est, habentque tum locum ejusmodi præstationes, quales fere in strictis contractibus obtinent. *d. l.* 4. §. 2. Si vero nolit restituere fines declaratos, condemnatur in aliquid gravius, *d.* §. 3. *l.* 4. idemque diserte probatur ex §. 6. *Inst. de off. jud. in fin.* Denique inter arbitrarias recenset Imperator actiones de eo quod certo loco atque noxalem. Verum in his non fit duplex condemnatio, nec adeo sunt eo sensu arbitrariæ, ut a strictis actionibus differant; sed arbitraria qualitas in illis adventitia & accidentalis est; Nam qui ex mutuo aut ex stipulatione debet *ex. gr.* centum aureos Ephesi solvendos, nihil est dubii, quin hæc actio sit mere stricti juris: Jam si alio loco petatur quam Ephesi, quia summa sæpe diversitas est usurarum totiusque rei pecuniariæ in diversis locis, actor facere debet commemorationem Ephesi atque petitionis quæ illic instituenda fuerat; at cum hoc non modo fit extra, sed etiam contra partium conventionem, manifestum est ex descriptione stricti juris actionum, quam supra instituimus, officium judicis in illis non permittere, ut ejus quod interest respectu loci, ratio habeatur. Idcirco repertum est, ut hoc casu propter utilitatem commerciorum, actionis qualitas mutaretur fieretque arbitraria; cum hoc effectu, ut is, per quem stat, quominus Ephesi solveretur, alteri præstet quantum ejus interest Ephesi non esse petitum. Et quidem apud Prætorem hæc mutatio perpetratur eaque formulæ inseritur; alioqui actor incideret in pœnam plus petentium, sicut in §. 33. exponitur & inprimis a Theophilo declaratur. Satis ita liquet, hanc qualitatem arbitrariam esse duntaxat adjectitiam, de qua Theophilus dicere non potuit, ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι τῇ ἀγωγῇ, *eam esse propriam actionis naturam*, ut de reliquis arbitratiis dicentem intelleximus. Non enim Prætor hanc arbitrandi facultatem formulæ semper inserit; verum ita demum, si acciderit, ut alio loco fieret petitio, quam initio convenerat. De hac actione arbitraria proprius agendi locus est ad *tit. ff. de eo quod certo loco l.* 2. & *passim.* Quod ad actionem attinet noxalem, ea duplici sensu potest arbitraria dici, primo, quod ibi Judicis officium non sit Reum simpliciter condemnare, sed arbitrium deferre, vel servum noxæ dedendi vel damni æstimationem præstandi, ut habebimus *infra ad pr. de Noxal. action.* & sic etiam arbitraria fuerit sensu proprio; non ut primo jussus de restituendo fiat & dein condemnatio, sed arbitrium in ipsa sententia committeretur. Alio sensu erit arbitraria actio per consequentiam ejus actionis, cujus hæc est accessoria: etenim actio noxalis non est species actionis propria, sed tantum adjectitia qualitas aliarum actionum. Ita, si actio quod metus causa noxalis, de dolo noxmoveatur, dicendum, actionem noxalem esse arbitrariam, quia tales sunt causæ principales, quarum respectu noxæ deditio postulatur. Ita Donellus & Vinnius *ad hunc* §. 31.

26. Præcedens divisio actionum trimembris, in bonæ fidei, stricti juris & arbitrarias, ad instituttum præscribendi formulas, quæ a Prætoribus dabantur Judicibus pedaneis, pertinebat, eoque spectabat potissimum, ut haberet Judex, unde certam ferret sententiam, quo partes expedite dirimerentur. Hoc Imperator plenius inculcat *in* §. 32. & *seqq.* *Curare debet Judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certe pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum fuerit.* Certitudo definitivæ efficacissimis verbis commendatur, haud tamen sine limitatione, quatenus fieri possit; Nam aliquando debitum inde jam ab initio sic est contractum, ut aliquo modo incertum sit, veluti, cum res plures generaliter aut disjunctim sunt promissæ; nec enim judici fas est obligationis materiam

riam formamque mutare vel invertere, nec auferre debitori electionem solvendi quod voluerit, ut ad §. *sequ.* videbimus; Quare sive petitio certa fuerit, sive ita incerta, ut tamen illud ipsum sit, de quo expresse convenerat, recte videtur pronunciare judex, si dicat, solve quantum petitum est. *l.* 5. §. 1. & *l.* 59. §. 1. *de Re Jud.* Inter ea, quæ sunt incerta ac indefinita, sine dubio est id quod interest. *l. ult. de stipulat. Pretor. l.* 24. *de R. J.* §. *ult. Instit. de V. O.* Proinde cum hujus sit frequens petitio, sciendum est judici, quo pacto hujus petitionem regere oporteat; Est hac de re constitutio, cujus & alias meminimus in *l. un. C. de sentent. quæ pro eo quod inter. profer.* in casibus certis, hoc est, in quibus certa pecunia, certa res, certumve corpus petitur, ita æstimabit Judex id quod interest, ne duplum veri pretii excedat; rursus in incertis, quibus res vel pecunia incerta petitur, æstimari oportet quantum in rei veritate intersit, imo in dubio minoris potius, quam amplius condemnabit. *d. l. un.* ubi Perez. Cujac. 9. *obs.* 31. & 16. *obs.* 34. Jam huic Judicis officio, certam ferendi sententiam, actor subservire debet, certam faciendo petitionem: Judex enim ejus quod petitum est terminos egredi non potest. *l.* 18. *Comm. divid.* Hinc advertere oportet actorem, ne plus quam sibi debeatur, petat; olim, si vel uno nummo plus petiisset, causa cadebat; ut non modo superfluo non potiretur, sed nec id, quod vere debebatur, nancisceretur §. 33. *h. t.* ibique Theophilus. Pleni sunt veterum libri, testimoniorum de his qui formula ceciderant, apud Sueton. *in Claud. cap.* 14. Senecam *epist.* 48. Ciceronem 1. *de orat. pro Rosc. Comœd. & alibi.* Sed usu temporum pristinis solennitatibus paulatim exolescentibus, formularumque impetrationibus sublatis, a Constantino Magno, qui juris publici formam non minus quam sedem imperii mutavit, *in l.* 1. *C. de formul. & impetr. act. subl.* aliter cum his, qui plus petiissent agi cœptum est; atque omnino in quatuor classes discreti sunt plus petentes; Sic enim proditum est, plus peti *re, tempore, loco, vel causa. Re,* veluti, si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam vel majorem partem suam esse contenderit. *Loco,* cum is, cui Romæ debetur, petit Ephesi, & quidem si alio loco petatur quam convenerat, tum actio, quæ prius erat stricti juris, fit arbitraria & dicitur *de eo quod certo loco.* Propterea quod Judex in sententia arbitretur, quatenus & quid ratione loci alter alteri præstare debeat, siquidem varia rerum pretia & usurarum quantitates per varias regiones frequentantur, quemadmodum ad *fin.* §. *præced.* pluribus dictum est. *Tempore* plus petitur, quando quis ante diem petit, veluti cum is, cui Kal. Mai. debetur, in Januario petit; qui vero ante conditionem existentem petit quod sub conditione debetur, potius nihil agere quam plus petere dicitur, *l. un. in fin. Quando dies usufr. leg. ced.* nisi forte sit talis, quæ certo extitura sit conditio, veluti si morietur; Nam ex tali statim deberi videtur, nec tamen nisi post mortem peti potest. Vinn. *ad h.* §. *Causa,* cum quis ita petit, ut debitori auferat electionem, veluti, cum certa species petitur, ab eo cui res aliqua in genere aut alternative debetur; *ex gr.* debeo vinum Gallicum aut Rhenanum, & tu petis simpliciter Rhenanum; debitoris enim est eligere utrum præstare velit. *l.* 10. *in fin. de Jur. dot.* Pœna plus *re* & *causa* petentium, est Tripli. §. 24. *supr.* & §. 33. *in fin.* Qui *tempore* plus petit, ita mulctatur, ut ejus adversario tempus duplicetur ac ipsemet in impensas condemnetur. §. 10. *infra de Except.* Quomodo autem plus *loco* petentes adficiantur, modo dictum est. *.

27. Hæc de plus petentibus. Si quis vero minus quam sibi competit petat, is errorem suum emendare potest quavis parte judicii, §. 34.

* Hæc pœna plus petitionis, apud nos in Sax. non obtinet, † sed sive re aut causa, sive loco aut tempore plus petitum fuerit, reus ab instantia solet absolvi, actorque condemnari in expensas. Carpzov. *P.* 1. *C.* 3. *Def.* 12. Schultz. *Syn. Instit. h. t. lit. X.* Hopp. *ad* §. 33. *Inst. h. t. us. hodiern.* Idem quoque in multis Germaniæ locis observatur; conf. Perez. *ad tit. C. de plus pet. n.* 5. In nonnullis tamen pœna plus petitionis Jure Civili determinata adhuc statuitur, ut in Vismariensi tribunali judicatum refert Mevius *P.* 6. *d.* 323, *n.* 5.

† Libellus, in quo quis certam summam, plus minusve petit, si modo de fundamento agendi aliqua ratione constat, ut generalis & obscurus, rejici haud debet; immo Judicis officio continebitur, si certa ac determinata summa in libello expressa, eoque nomine juramentum simpliciter delatum fuerit, ut jurisjurandi formulæ clausulam inferat: jurantem nec istam summam, nec plus ea, nec minus debere. Hac forma jurare detrectans, in omnem libello expressam summam condemnandus est. Si actor certam sortem petet, inde vero minorem sibi deberi demonstrabit, reus non modo in hanc condemnabitur, sed quod in litis contestatione minorem istam summam non fuerit fassus, expensas actori solvet. Uti & Actor Reo, hoc minorem sortem offerente, illo majorem sibi deberi haud probante, in expensas condemnandus est. *O. P. S. E. I. G. E. Tit. V.* §. 1.

Digitized by Google

34. *h. t.* * dicere autem vulgo solent, aliud esse, *emendare*, aliud *mutare* libellum (qui hic nihil est aliud, quam scriptura continens intentionem actoris) Emendatio dicitur, cum accidentalia libelli corriguntur: mutatio, cum ipsa libelli substantia invertitur, veluti cum aliud pro alio vel ex diversa causa petitur. *Ex. gr.* primo equum, deinde quis petiit bovem, vel primum ex empto, deinde ex donato; Talis mutatio potest quidem fieri ante litem contestatam simpliciter; verum postea non aliter, quam si novum deliberandi tempus Reo concedatur, & nova litis contestatio fiat, & adversario impensæ refundantur. *l. 3. C. de Edendo.* atque adeo novum fiat judicium. Proinde quod hic in §. 35. legimus, mutationem illam fieri *in eodem judicio*, intelligendum est *apud eundem judicem*, in eodem auditorio; cum olim prætor de novo interpellandus novusque judex dandus esset, quod hodie non fit, postquam ipsi Prætores judicare sunt jussi, abolito more delegandi judices pedaneos. *l. 2. C. de Pedan. jud.* Atque hæc satis conveniunt cum vulgata DD. sententia, adversus quam disputat D. Wissenbach. *disp. 8. part. 1. ad Pand. th. 20.* contendens, mutationem libelli absolute post litem contestatam sine nova contestatione & deliberandi tempore fieri posse. At ex ratione juris antiqui, non video satisfactum esse huic argumento: Judex pedaneus secundum formulam a prætore sibi præscriptam judicare debet: libello autem mutato, qui judicabit secundum illam formulam priori actoris narrationi aptatam? Respondet quidem Vir summus, istius formulæ tam strictam & angustam non fuisse interpretationem. Sed videamus id quale sit. Prætor dabat judicem præscripta ei formula, pro exemplo: *Si paret, Titium ex mutuo centum Cajo debere, judex condemna.* vel, si ex vendito similive contractu, additis verbis *ex bona fide*. At quomodo talem formulam sequi judex potuit, si actor deinde ex stipulatu peteret, de quo nihil in formula, ex qua tamen ipse judex erat, & qua deficiente, officium ejus deficiebat? Quod si excedere illam adeo potuit, ut actionem nunquam editam vel prætori auditam admitteret, pro ex stipulatu, actionem ex vendito, statuendum est, cum ex formula stricta, ubi bonæ fidei nulla erat mentio, omnes præstationes actionum bonæ fidei, sententia potuisse complecti, quod videtur mirificam confusionem in judiciis parere debuisse. Quin si exceptiones in strictis contractibus nequidem admittere potuerit, nisi formula comprehensas, (vid. Bach. *disp. 6. de act. th. 21.*) quæ tamen eandem causam feriebant, quid proferri poterit, cur de alia plane actione cognoscere ei licuerit? Compensatio excludebatur e strictis actionibus, §. 30. *Inst. de act.* Quid ita? Quia ex diversa causa proficiscebatur, nec inerat formulæ cui judex adstringebatur, ut diximus *supra*. Tanta, inquam, formulæ religio & judicis coarctata potestas erat, ut compensationis, qua nil erat æquius, rationem habere nequiverit; actionis tamen plane diversæ potuisse dicetur? Nullo ut videtur modo. In bonæ fidei judiciis largior quidem potestas judici dabatur, sed quatenus natura actionis propositæ permittebat, & maxime in iis quæ ad rem in judicium deductam pertinerent. *l. 25. §. 8. & l. 31. §. 13. de Ædil. Ed. & l. 21. §. 3. de pecul.* At de alia re, causaque prorsus alia judicium suscipere, difficile dictu est, quo pacto pedanei judicis potestatem non excesserit. Id liquet, potuisse actorem male institutæ actionis pœnitere, & prætore denuo interpellato, ad aliud judicium transire, quo referendæ videntur *l. 4. §. ult. de nox. act. l. 1. §. 1. de vi & de vi arm. l. 12. §. 1. de adqu. vel amitt. poss.* in quibus omisso petitorio, instituitur possessorium, quanquam *d. l. 4.* videatur & aliter posse explicari. Et hoc erat, quod Doctores volunt, si quis post litem contestatam actionem aliam instituere velit, hunc omissa priore instantia, novum quasi judicium instituere aliaque interpellatione uti debere, ut loquitur *l. 23. de judic.* Sed quia Græcis Imperatoribus mos dandorum judicum displicuit, *l. 2. C. de pedan. jud.* ratio illa de præcisa formularum observantia, in recentiore jurisprudentia, ad quam pertinet *d. §. 35.* cessat. Attamen ne quidem hic multo aliter se res habet. Ponamus enim, Titium vocasse Cajum ad prætorem, edidisse actionem ex vendito in centum, prætorem dedisse judicem, præscripsisse formulam, contestatos esse litem; mox recordatum actorem, sibi non centum ex vendito, sed totidem vel octuaginta ex stipulatu deberi, vult mutare, Quæritur an possit? Omnino. Sed pareat edicto *l. 3. C. de Edend.* quid jubet hoc? Edi

* Etiam apud nos, citra metum condemnationis in expensas. Unde cum prædium in solidum petitum postea pro quarta parte peteretur, quia minor numerus toti sc. majori semper inest, neque libelli mutationem factam, neque novam ejus communicationem necessariam, neque actorem in expensas condemnandum esse, pron. Fac. Jur. Lips. m. Febr. 1700 Mench. *Tabb. Inst. h. t. p. 134.*

Edi actionem. Ubinam editur? Apud Prætorem. Ergo deferendus judex; omnia ex integro instituenda, *d. l.* 23. *de judic.* hoc scil. jure veteri, quod tempore *d. l.* 3. adhuc in usu fuit. Quomodo hæc aliter possint intelligi, non video. Novo jure cum idem Prætor & judex sit, non est judex deferendus ut partes ad prætorem revertantur. Res tamen non admodum aliter se habet. Nam si actor velit uti beneficio legis & impune mutare, non debet postulare ut favorabilior sit quam reus, contra *l.* 125. *d. R. J.* sed huic omnia integra sunt præstanda. Is recte negavit antea se ex empto debere, Tu stipulationem nunc adducis, jam male forte negaverit. Ergo permitte ut deliberet, & si velit, tibi noviter petenti noviter contradicat. quæ sane erit nova litis contestatio; & quam parum abest, quin novum judicium? Addo verba Bachovii *disp.* 1. *de action. th.* 44. *Veritas & simplex hujus rei decisio meo judicio hæc est; quod si subtiliter consideremus, quæ sit identitas judicii, non videatur esse idem judicium ubi nova intervenit litis contestatio: & ita non absurde defendemus communissimam DD. sententiam, quæ post contestationem litis factam, eodem judicio libellum mutari posse negat. Quod si consideramus continuatam quasi litis tractationem coram eadem persona & eodem judice, nec ulla opus esse nova citatione, aut novi omnino libelli productione & quod omnia quasi in locum priorum subrogentur, non absurde idem judicium appellari posse videatur, eaque procul dubio sententia est Justiniani in* d. §. 35. *Ubi idem judicium durare ait, cujus quippe mutatio vix apparet, cum præsertim hoc dici videatur oppositive ad jus vetus, quo manifesta erat mutatio, nova quippe facta interpellatione.* Usu fori nihil est certius, quam id quod a nobis superius est positum, scil. post litis contestationem nullam fieri posse libelli mutationem. * Sandius *lib.* 1. *decis.* 4. *defin.* 2. & *DD. ad d. l.* 3. *C. de Edend.*

QUINTA ACTIONUM SUMMA DIVISIO.

28. (x) Sequitur ultima Actionum divisio, quod vel solidum iis, vel minus quam solidum persequamur. §. 36. *h.* In minus datur actio de peculio, quæ competit in id quod in peculio reperitur, §. 36. *h.* secundum ea quæ *ad tit. sequ.* dicentur. Ejusdem generis est Actio ex stipulatu de dote, qua mulier a marito repetit dotem soluto matrimonio, quam supra *ad* §. 29. habuimus, hæc enim primo minuitur impensis in res dotales factis, quæ sunt vel necessariæ, sine quibus res integra esse non potest, vel utiles, quæ rem faciunt meliorem, vel denique voluptuariæ, quæ tantum ornant speciem. *l.* 79. *de V. S.* Necessariæ impensæ dotem ipso jure minuunt, si nempe dos in quantitate consistat; tunc enim tanto minus, quantum vir impendit, est in obligatione dotis, *l.* 5. *de impens. in res dotal.* alioqui licet etiam res dotales retinere propter impensas necessarias. *l. un.* §. 5. *C. de Rei uxor. act.* Propter utiles impensas non datur hodie retentio; sed Actio vel mandati, vel negotiorum gestorum, *d. l. un.* §. 5. Voluptuarias impensas non aliter servat maritus, quam tollendo illas; quatenus sine læsione rei tolli possunt. *l.* 7. 9. & *l.* 11. *D. de imp. in res dot.* Secundo, minuitur hæc ipsa Actio, quatenus maritus habeat beneficium, ne ultra quam facere possit teneatur, hoc est, ut semper ei relinquatur quantum satis est ad honestam exhibitionem victus & amictus, §. 37. *h. l.* 22. *fin. pr. l.* 30. *de re judic.* quod tamen privilegium datur indistincte viro, etiam cum ex aliis

(x) *Poss.* 67. & 68.

* Jure Saxonico † Actor simul ac gvarandam præstitit, quod secundum *Ref. Grav. de an.* 1653. *gr.* 17. & *Rescr. Elect. de ann.* 1691. §. 4. ante emissam citationem fieri debebat. *v. tn.* Hartman. Pistor. *L.* 4. *qu.* 22. *num.* 12. aut reus litem pure contestatus est, libellum mutare aut emendare prohibetur, etiamsi reo expensas refundere velit Actor. *L. R. l.* 2. *art.* 3. & 14. P. 1. *C. El.* 11. *O. P. S. T.* 5. §. *de auth.* Zanger. *de Except. p.* 1. *c.* 21. *n.* 64. *seq.* Eventualis tamen litis Contestatio ipsi hoc Jus non adimit. Berlich. P. 1. *Concl.* 28. *n.* 26. Carpz. *Pr. tit.* 9. *art.* 2. *n.* 3. *seqq.* Philipp. *ad Tit* 3. *Ord. Proc. Sax. consid.* 13. Imo etiam ante Litem Contestatam, præstitamque gvarandam, mutatio libelli in termino demum facta efficit, ut actor in expensas condemnetur. *O. P. S. T.* 5. §. *f.* Carpz. *ad* *l. C.* 11. *d.* 11. Renuntiatio autem Litis refusis expensis fieri ac nova actio institui potest, si nondum super probatione lata sententia vires rei judicatæ nacta est, vid. Menck. *Disp. ad Process. V. Tit.* 1. *th.* 22. *seq.* Berger *Elect. Discept. For. ad T. V. O. P. S. Obs. X.*

† Et quidem novissimo, mutari libellum in modo agendi, vel probandi, vel alias licet, donec super lite contestata, id est, de probatione suscipienda, aut juramento præstando nondum exstat res judicata, ad quem adeo reus denuo citatus, recuperatis prius expensis, omnino respondere tenetur; Emendare, id est, errorem vel obscuritatem corrigere, summamque majorem vel minorem, ei, quæ in libello expressa est, substituere, etiam in ipsa probatione, & ad ipsum Jurandi actum usque actori licet. Cæterum renunciare liti coeptæ & novum offerre libellum, in quo alia debendi causa, aut aliud adest objectum, nunquam non est in actoris potestate. Si libellus novus ita, ut dictum, a priori haud differat, illud non nisi a reo terminum probatorium elapsum, & antequam super Jurisjurandi delatione res judicata extat, est permittendum; utroque tamen casu, si quis, ut modo diximus, novum obtulerit libellum, omnes sumptus Reo, antequam respondeat, sunt restituendi, & Actor cum Advocato suo ob protelatam litem, decem & amplius Uncialibus, sive thaleris pro diversitate circumstantiarum est puniendus, *O. P. S. E. I.* & *E. Tit. V.* §. 9.

Digitized by Google

aliis contractibus ab uxore convenitur. *l.* 17. *& l.* 20. *de re judic.* Idem beneficium datur † parentibus, patronis, sociis & donatoribus, quando liberi, liberti, socii & donatarii adversus eos agunt. §. 38. *h. t. l.* 16. *& sequ. de re judic.* Donatori etiam aliquanto plenius quam cæteris, quatenus hic etiam æs alienum computat, eoque deducto retinet quod ad tuitionem vitæ sit necessarium. *l.* 19. §. 1. *de re judic. l.* 49. *& sequ. eod.* Idem beneficium datur ei qui bonis cessit. §. *ult. h.* etsi enim is vinculo obligationis non liberatur, sed tantum molestia executionis, tamen non statim ac aliquid de novo adquisivit, continuo excutiendus est, sed humanitatis ratione aliquid ei laxamenti indulgetur. *h.* §. *ult. l.* 4. *l.* 6. *& l.* 7. *de Cess. bon.* Postremo, compensationibus Actiones minuuntur, §. 39. *h.* de quibus superius est dictum.

29. Sed in hoc §. *penult.* est aliquid speciale; dicitur enim, si quid invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, hoc minuere ipsius petitionem, quod tamen requisitum superius in compensatione non fuit collocatum; sed omnia, quæ modo functionem recipiunt neque controversa sunt, compensari posse diximus: proinde, ut aliquid præcipui in his, quæ ex eadem causa oriuntur, esse statuamus, dicendum, quando pecunia ex eodem negotio vicissim debetur, admitti posse compensationem, licet debitum forte non sit liquidum, ita ut censet Donellus *ad d.* §. *pen. n.* 7. Cæterum, præter eos quibus beneficium datur, ne teneantur ultra quam facere possint, quod vulgo a DD. beneficium competentiæ appellatur; sunt adhuc milites armatæ militiæ, *l.* 6. *&* 18. *de re judic.* denique filiifamilias, quando emancipati aut exheredati sunt, aut paterna hereditate sese abstinuerunt vel ex parte minima sunt instituti, etiam quando in adoptionem sunt dati. *l.* 2. *& toto tit. D. Quod cum eo, qui in al. potest.* Fratres quoque non videntur ab hoc beneficio excludendi, quia licet expressa de illis nulla sit sanctio, tamen in *l.* 63. *pro Soc.* ubi dictum erat, socio hoc beneficium dari, additur ratio, quia fratris loco est; nec ego tam ineptos audeo fingere Juris conditores, ut ejusmodi rationes adducant, in quibus non idem quod probare volunt, obtinere censerent, quicquid dissentiat D. A. Matthæus *in coll. ff. disp.* 23. *th.* 11. & D. Wissenbach. *disp. ad Inst.* 38. *coroll.* 1. Socius autem non modo omnium bonorum, sed etiam unius rei hoc beneficio gaudet, ut Ulpianus auctor est in *d. l.* 63. Idem tamen in *l.* 16. *de Re Judic.* quod ad hoc beneficium attinet, socium omnium bonorum esse accipiendum scribit, quam esse *ἀντινομίαν ἄλυτον*, opinatur D. Wissenbach. *d. disp. ad Inst.* 38. *coroll.* 2. Potius est, ut dicamus, in *l.* 16. Ulpianum loqui generaliter de iis, qui hoc beneficium semper & in omnibus causis habent; *in l.* 63. eum de applicatione hujus privilegii ad societatem agere exquisitius; & docere, quod & socii particulares, ubi de rebus illis certis agitur, ab illo beneficio non sint excludendi: quo sensu non videtur Ulpianus sibi ipsi contrarius, quod alioqui satis est *ἀπίθανον*. Recipit adhuc extensionem beneficium, quod marito adversus uxorem dari superius est dictum, nam & ad socerum extenditur. *l.* 21. *de Re Judic.* Sed actio, qua tenetur ex promissione dotis genero, in solidum exercetur, *d. l.* 21. quod tamen corrigitur *in l. sequ.* ut, si manente affinitate, sive durante matrimonio, dotis petitio fiat, hoc privilegium nihilominus competat. *l.* 17. *pr. Sol. matrim. l. pen. de jur. dot.* Quod ex omnibus solum donatorem ita facere posse diximus, ut æs alienum prius deducat, *l.* 19. *& l.* 49. *de Re Judic. l.* 54. *Sol. matrim.* hunc habet usum; ut si quis ex reliquis conveniatur atque facultates ejus superent debitum, in solidum teneatur; Nec juvat eum, si obtendat, habere se creditores alios, quibus cum satisfaciendum erit, ad egestatem se perductum iri: Occupantis enim melior est conditio, ut est *in pr. d. l.* 19. id est, qui prior e creditoribus venit, totum quod sibi debetur aufert, ita, uti nec hoc deducatur, quod ejusdem conditionis hominibus, adversus quos hoc quoque beneficium competit, debetur. *d. l.* 19. *in pr. &* §. 1. Denique, totum hoc beneficium est personale, quod nec heredibus neque fidejussoribus datur. *l.* 24. *& seq. de Re Judic.* vid. Vinn. ad *hunc loc.*

30.

† Jure Saxonico novissimo, non nisi iis, qui per casus fortuitos absque propria culpa fortunas suas amiserunt, hoc beneficium conceditur. Determinanda sunt alimenta, ne egeant debitores, præstari solita, pro personarum dignitate, ita tamen, ut sumptus illi duos Unciales hebdomadatim non excedant, estque sors alendis debitoribus destinata, non creditoribus, quibus ex massa concursus solvitur, pro rata detrahenda, sed statim ex bonis superstitibus præcipienda, &, beneficio illo iterum cessante, solutioni creditoribus sequentibus secundum ordinem faciendæ applicanda, *O. P. S. E. I. & E. Tit. LII.* §. 2.

30. (y) Satisfactum est Justiniano & textui sub hoc titulo. Supersunt tamen adhuc divisiones quædam actionum in Arte juris valde frequentes & cognitu necessariæ, quarum prima divisio est in actiones directas & contrarias; secunda in directas & utiles. De priori est hæc regula; (*) In quibus contractibus par utriusque onus & præstatio est, ibi actio utrinque est directa, ut in emptione, societate, finium regundorum, communi dividundo &c.

SCHOLIUM.

(*) *Clarius videtur, si dicamus, actionem directam esse, quæ persequitur principalem obligationem ex contractu venientem; contrariam contra, quæ persequitur obligationem secundariam. Obligatio autem ista principalis est, quæ spectat ad essentiam contractus & ingreditur ejus definitionem; secundaria vero, quæ potest adesse & abesse salva contractus essentia. Inde etiam facile patet, cur in empto, locato &c. actio utrinque directa sit. Simul apparet, divisionem hanc non esse actionum in genere, sed in specie actionum ex contractu vel quasi & quidem bilaterali venientium.*

Ubi dispar onus & præstatio est, ibi is qui magis est obligatus, convenitur directa, qui minus contraria. Sicut fit in commodato, deposito, pignore, mandato, negotiorum gestione &c. Ex. gr. venditoris & locatoris ad rem, emptoris ad pretium, & conductoris ad mercedem obligationes, æquipollent, sicut res & pretium, usus rei & merces. Contra, qui commodatum, qui mandatum, negotium gerendum suscepit; tenetur ad exactissimam curam, alter solummodo ad impensas reddendas. In ipso deposito, licet ibi tantum sit lata culpa, tamen qui tenetur ad rem totam, plus oneris sustinet, quam qui de impensis fortean factis, an non factis, & ita in cæteris. Possunt autem contrariæ præstationes servari vel per retentionem vel Compensationem, vel per reconventionem, etsi directæ non moveantur. *l.* 1. §. 4. *& ult. de Contrar. Tut. & util. act. l.* 17. §. 1. *ff. Commod.*

Alio sensu actiones directæ opponuntur utilibus. *l.* 37. *in pr. de O. & A. l.* 47. *de negot. gest. l.* 27. *in fin. de Procur. & passim.* In summa, directæ sunt, quæ ex verbis legum aut propria negotii natura fluunt, utiles, quæ per interpretationem utilitatis causa, ad affines casus producuntur: exempla *in dd. ll.* & toto jure creberrima sunt, habuimus & unum *in* §. *ult. de L. Aquil.* Fuerit illa divisio VI. numero.

31. Et VII. hæc esto; actiones sunt vel generales vel speciales. *l.* 38. *Pro soc.* Generales, quæ agunt de multis rebus, ut actio Tutelæ, mandati & pro socio omnium bonorum, familiæ erciscundæ, *d. l.* 38. *pro soc.* negotiorum gestorum *plurium*, denique hereditatis petitio, quæ proprie est universalis. *l.* 62. *de R. J. l.* 19. *&* 20. *de Hered. petit.* Speciales sunt, in quibus de certis & singulis rebus agitur, ut commodati, depositi, empti venditi, locati conducti, communi dividundo &c. *d. l.* 38. VIII. Actiones sunt vel simplices vel duplices: Simplices, in quibus partes actoris & rei, sive petitoris & ejus unde petitur, evidenter sunt discretæ, ut empti venditi, locati conducti &c. Duplices sunt, in quibus par utriusque litigatoris conditio est, utroque tam actoris quam rei partes sustinente, (*) cujusmodi sunt, actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, Finium regundorum & interdicta quædam. *l.* 13. *de judic. l.* 44. §. 4. *famil. ercisc.* §. *pen. in fin. I. de interdict.*

SCHOLIUM.

(*) *Dicerem*, Sustinere valente. *Non enim uterque simul actoris & rei partes sustinet, sed uterque ante motam litem habilis est ut fiat actor vel reus. Qui vero prævenit, is postea actor est.*

N. ADDIT.

Hic nihil habuit quod notaret Autor, & mecum consentit. Infra vero, cum ad Pandectarum titulum finium regundorum idem a me esset inculcatum, hanc notam ferre non potuit, sed eam rejicere tentavit variis effugiis, quæ detecta jam sunt ibidem in nova additione.

32. IX. (z) Actiones sunt vel petitoriæ vel possessoriæ. Petitoriæ dantur ex jure in re vel ad rem, quod dicitur, aguntque vel ex dominio ad restitutionem; vel ex obligatione ad dationem. §. 14. *&* 15. *h. Vel denique ad factum, d.* §. 15. *h.* Possessoriæ sunt, quibus agitur ex jure possessionis ad detentionem rei adipiscendam, retinendam, vel recuperandam. Videbimus in *tit. de Interdictis.*

DE CONCURSU ACTIONUM.

33. (a) Placet addere Corollarium de Concursu Actionum, de quo nonnihil collocatum est in *pr. & in fin. tit. de Obl. quæ ex del.* Est autem thesis hujusmodi; Si plures actiones de eadem causa competant eidem personæ, an pluribus successive liceat uti actionibus, qui est concursus cumulativus, an electa una consumatur altera, quem *electivum* vocamus concur-

(y) *Pos.* 70. *& seqq.* (z) *Pos.* 76. 77. *&* 78. (a) *Pos.* 79. *& seqq.*

Digitized by Google

cursum. Eandem rem esse oportere facile constat, ut quæstioni sit locus. Ex eadem quoque causa debent esse actiones; nam si negotium quidem sit idem, causæ tamen diversæ, nihil est scrupuli, quin actiones cumulentur, cujus rei monstravimus usum in *pr. tit. de Obl. quæ ex del.* exemplo adjecto ex *l.2.§.2. de Priv.del.* quando quis eundem hominem primo surripuit, dein occidit, manifestum est, tam furti quam L. Aquiliæ actionem esse exercendam, sicut ibi pluribus demonstratum. Debent etiam eædem esse personæ in usu hujus quæstionis. diversis enim personis ex eodem facto seorsim actiones dari, nec alteram ab altera tolli res ipsa loquitur, cujus rei extat exemplum in *l.* 1. *§.ult. de injur.* ut puta uxori meæ filiæfam injuria facta est, & ipsi & mihi & patri ejus competit actio, nec uni per alteram præjudicatur. Hinc quoque publica judicia non consumuntur a privatis, quæ super iisdem delictis dantur, *l. un. C. Qu. Civ. act.* Adde *l.*3. *§.f. Naut. caup. stab.* Præterea quæritur de usu actionis unius post alteram; non de eo, an plures actiones uno libello conjungere & cumulare liceat, qua de re ad *tit. ff. de Edend.* videbimus. Interim videsis, quod habet Wissenbachius *Disp.* 48. *Inst. th.* 1. Nec id quidem postremo ad hanc thesin pertinet, una actione rejecta, liceatne aliam instituere, quod definitur in *tit. ff. de Except. rei judic.* Nos quærimus, an qui una obtinuit actione, possit adhuc aliam super eodem negotio instituere, quod ad *d. tit. de Obl. quæ ex del.* pendere diximus ab hac regula fundamentali, *non esse idem bis petendum*, quæ est *l.* 57. *de R.J.* Lubenter id operam damus, ut difficilia & involuta quæque facili negotio resolvere & *Auditoribus* quam minima cum molestia insinuare possimus, quod & in hac obscura definitione conabimur. Postulatum illius quidem regulæ facillimum est, opinor. Quid enim naturæ convenientius, quam ne idem bis petatur? Secundam inde regulam educimus hanc: *Una actio super eadem re consumit alteram, nisi in altera plus sit quam fuit in priore,* quia si hactenus cumulentur, non offenditur regula, *Ne bis idem exigatur. l.* 41. *§.* 1. *de O. & A.*

Hujus rei applicatio plerisque difficultatibus in singulis concursuum speciebus sufficit terminandis. Quid enim? Duæ actiones rei persecutoriæ concurrunt, Pro Socio & Communi Dividundo, Condictio Furtiva & rei vindicatio; nihil hærendum est, quin una tollat alteram, cum in singulis idem petatur, *l.* 38. *§.* 1. *ff. Pro Soc. l.*34. *§* 1. *&* 2. *de O. & A.* sed an hic potest usum habere limitatio, *nisi in una plus sit quam in altera*? Potest. Exemplum sit tale; Factum sub pœna promissum est, datur actio in id quod interest ad pœnam, utraque rei persecutoria est, ut dix. *tit. de A t. a.l Pos.* 44. Una mota tollit alteram, nisi actio superstes plus contineat, veluti, si id quod interest superet pœnam. Aliud exemplum, Vindicavi rem furtivam, habeo corpus, sed deterius factum; superest condictio in id quod interest, *per l.* 42. *pr. D. Pro Soc.*

Eadem regula cum limitatione valet in pœnalibus, quanto privatus in privatum agitat, nec enim duplicem ejusdem Delicti pœnam esse oportet aut æquum est, quo facit eleganter quod est in *l.*41. *in fin. de Pœn. Iniquum esse, ut idem delictum variis æstimationibus coerceatur*, ubi per æstimationem intelligit pœnam delicti. Eo spectat quod ad prædictum *tit. de Obl. quæ ex del.* disputavimus, eum, qui privato judicio pœnam dupli vel quadrupli exegit, criminaliter super eadem causa experiri non posse; adversus eundem scilicet actorem; In publicis accusationibus aliud est, quia non dantur iisdem personis, ut dictum est.

Eadem regula cum sua limitatione, gubernat concursum Actionis mixtæ & rei persecutoriæ: Si enim hac prius sit actum, mixta quod ad pœnam superest; quod ad simplum consumitur, cum vice versa rei persecutoria per mixtam penitus extinguatur, *l.* 35. *§. ult. de O. & A.* tametsi difficultas hac parte quædam se prodat in actione de Calumniatoribus, concurrente cum rei persecutoria ex eadem causa, in *l.*5. *§.*1. *l.*7. *in fin. pr. & §.* 1. *de Calumn.* quam tu facilius capies, ubi de hac actione *ad tit. eund.* fuerit actum: etiam quod de actione quod met. C. occurrit in *l.*9. *§.* 6. *ff. Quod met. caus.* de quibus interim adi Wissenbachium *d. Disp.* 48. *th.* 8. 9. 10. *&* 11.

Omnium facillima conclusio est de concursu pœnalis reique persecutoriæ actionis: cum enim hæ in diversa tendant, fieri necesse est, ut una post alteram detur, idque sine limitatione prædicta, quæ vix est ut terminos habiles, quod dicitur, in hoc concursu reperiat. Quemadmodum furti actio & condictio furtiva concursum habent cumulativum, *§. ult. Inst. de Obl. quæ ex del.* nec turbat *l.* 71. *de Furt.* modo observes, per furti actionem intelligi condictionem furtivam, ut etiam fit in *l.*9. *de in lit. jur.*

Digitized by Google

jur. sed in actione de *Rat. distrahend.* recte dixeris exceptionem contineri, cujus ratio tibi constabit ex iis quæ ad *tit. ff. de tut. & rat. dist.* collocabimus. Vide sis interea Wissenb. *d. Disp.* 48. *th.* 14. 15.

Sed duo sunt textus, quibus fundamentum definitionis nostræ everti videtur. Prima est *l.* 130. *de R. J.* ubi scriptum est ita; *Nunquam actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit*, quod idem fere habetur in *fin. Inst. Si Quad. paup. fec.*

De qua solicitos vide Donellum, Cujacium, Wissenbachium *d. disp.* 48. *th.* 4. & 5. nostro intellectu nihil est in iis verbis, quam id quod pro fundamento posuimus; nunquam actiones de eadem re concurrentes se mutuo consumunt, quia semper alia competit in id quod amplius est in ea, atque ita positis terminis habilibus; quod *præsertim* in pœnalibus habet locum, quoniam in rei persecutoriis rarius contingit, ut in una plus quam in altera comprehendatur. Alter textus est in *l.* 41. §. 1. *de O. & A.* ubi de hoc concursu sic ait Paulus: *Si in reliqua actione tantumdem aut minus sit, id actor consequetur*; nam hoc ita potest accipi, quando in reliqua actione plus est quam fuit in priori, id actor fert, sive in altera actione adhuc sit tantundem, sive minus quam fuit in actione priore. Nisi quis uti malit emendationem Cujacii, qui pro *id* legit *nil.* 3. *Observ.* 25. & *lib.* 15. & 13. *in fin.* (7)

TIT. VII.

Quod cum eo, qui in aliena Potestate est, negotium gestum esse dicitur.

I. Continuatio & expositio Rubricæ. II. Actio Quod jussu. III. Exercitoria. IV. Institoria. V. Communia utriusque actionis. VI. Actio tributoria. VII. Actio de peculio. VIII. De in rem verso. IX. Concursus earum actionum. X. Differentia inter servum & filiumfam. XI. De Scto Macedoniano. XII. Casus, quibus cessat hoc Sc. XIII. Actiones prætorias, de quibus sub hoc titulo, esse obliquas.

(a) REgulariter ex facto alterius alteri non adquiritur actio, quemadmodum nec obligatio nec dominium, ut dix. supra *ad pr. tit. Per quas pers. cuiq. adq.* nisi per eos, qui sunt in potestate nostra; scil. per filiosfam. & servos, §. 4. & 19. *supra de Inutil. stipulat.* certisque casibus aliis ob utilitatem commerciorum, de quibus *in h. tit.* Servorum enim & filiorumfam. hac parte fere est eadem ratio. Nam Imp. addit particulam taxativam, haud frustra, ut inferius patebit.

2. Prima, quæ ex facto ejus, qui est in aliena potestate datur, est Actio QUOD JUSSU, quæ competit illis, qui cum servo, vel filiofam. contraxerunt, adversus patrem vel dominum, quorum jussu contractus est initus, idque in solidum, quia cum ipso quasi contrahi videtur. *l.* 1. *pr. Quod. juss.* Et quamvis alioqui discrimen est inter jussum atque mandatum, quemadmodum *supra ad pr. de Atil. tut.* observavimus, heic tamen sub jussu mandatum quoque & Ratihabitio & quælibet approbatio continetur, §. 1. *h.* & *l.* 1. *D. quod jussu.* fidejussio tamen a Patre facta pro filio non parit hanc actionem; sed ordinariam ex fidejussione; Pater enim fidejubendo, se pro extraneo gerit. *d. l.* 1. §. 5. Scilicet, extraneus ex jussu non tenetur ei, qui contraxit cum jussionario; sed is hunc convenire debet, & qui jussus est jubentem. Quod igitur in *fin. pr. d. tit. Quod jussu* habetur; *nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet*, de his, qui vinculo potestatis cum eo qui jussus est, conjuncti sunt, accipiendum. *arg. d. l.* 1. & §. 1. *h.*

3. (b) Secunda est actio EXERCITORIA, quæ datur his, qui cum magistro navis, de rebus, quibus ipse præpositus est, contraxerunt, adversus exercitorem. §. 2. *h.* Exercitor autem est, ad quem quotidianus navis reditus pertinet, seu propria sive conducta sit. §. 1. *h. l.* 1. §. 15. *de Exercit. Actione.* Magister vocatur, cui totius navis cura mandata est, *l.* 1. § 1. & 5. *de Exercitor. Action.*

4. INSTITORIA actio datur iis, qui cum institore contraxerunt de rebus terrestribus, quibus ille præpositus est, adversus Dominum nego-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. (b) *Pos.* 4. & *seqq.*

(7) *Consuli meretur inter ceteros, qui hanc quæstionem tractarunt, Joseph. Averan. interpret.* lib. 2. cap. 14. & 15.

Digitized by Google

negotiationis. *d.* §. 2. Ratio quare domini tabernarum & Exercitores his actionibus teneantur, est manifesta, quod eorum voluntate negotium intelligitur esse gestum cum iis, quos negotiationi præposuerunt: quippe institor est idem in taberna sive in officina, quod magister in nave, ideoque tabernarius dicitur in *l.* 5. §. 7. *de Instit.* sive taberna sit tantum negotiationis causa, sive operis faciendi gratia, unde ἐργαστήριον *tabernam, & institorem* ἐργαστηριάρχην appellant glossatores Græci. Nihil differunt hæ duæ Actiones, quam quod exercitoria de maritimis rebus, altera de negotiatione terrestri datur.

5. Reliqua sunt communia; veluti *Primum*, quod utraque ad omne genus contractuum pertinet, modo institor & magister illis sint præpositi. *Secundum*, Utraque est perpetua, tam heredibus quam in heredes competens. *Tertium*, quando plures sunt exercitores aut Domini tabernarum, qui unum habeant magistrum vel Institorem, tum singuli in solidum tenentur (quod tamen hodie non observatur. Grot. 2. *de J. B. & P. c.* 11. *num.* 23.) *l.* 1. §. *ult. & l. seqq. de Exercit. Act.* Si vero ipsi exercitores aut domini per se navem tabernamve exerceant, nihil fit præter regulam, verum singuli pro suis partibus tenentur, *d.l. ll.* ut fit in omni obligatione. *Quartum* commune est, quod exercitoribus & dominis tabernarum non datur Actio adversus eos, qui contraxerunt cum Magistris & Institoribus, nisi quando hi solvendo non sunt *l.* 2. *de Instit. act.* nam alioquin hi dominis & Exercitoribus damnum refundere debent. *l.* 2. *de Institor. act. Quintum* commune *diximus alias*, quod ipsi institores & magistri a contrahentibus etiam immediate possunt conveniri, finito quoque officio; eo quod juris ratio non ferat, ut qui contraxit, ipse non teneatur; Cui nec obstet *l. ult D. de Instit.* quasi non loquatur de contractu, sed de simplici declaratione, ut liqueat e textu. At in *posit.* 10. *ad h. t.* deinde visum fuit potius accedere sententiæ Sandii *lib.* 3. *tit.* 7. *def.* 1. tanquam civiliori, nec a ratione juris alienæ, quod nec fugit D. Thomasium, qui sic ait:

S C H O L I U M.

Recessit hic Autor ab opinione quam fovet in prælect. n. 5. p. 363. *quam videtur hausisse a Wissenb. quem vide* ad tit. ff. de instit.act.th. 19. *Et recte quidem; Nam responsionem, quæ datur a Wissenb. & in prælect.* ad l. ult. *de inst. non ferunt verba* d. l. ult. NEC jure &c. NEC æquitatem &c. *Ad dubia vero, quæ moventur in contrarium* dd. ll. *facile responderi poterit ex Sandio*, l. præd.

Denique VI. & hoc est commune, quod utraque non tantum per servos navi tabernæve præpositos comparetur, sed etiam per liberos homines, ob æquitatem superius demonstratam, quæ fundamentum habet in consensu præponentium & utilitate commerciorum. *h.* §. 2. *l.* 1. §. 4. *de exercit. act. l.* 7. §. 1. *& l.* 8. *de Inst. act.* Videtur tamen hæc esse differentia inter exercitoriam atque Institoriam, quod exercitor non tantum teneatur ad præstandum solius magistri factum, sed etiam ejus quem magister sibi substituit, quod de institoria nusquam est scriptum. Ratio diversitatis peti posse videtur a necessitate, in qua ut plurimum constitutus est magister, eoque casu locus, occasio, res non patiuntur deliberandi consilium; quod secus in institore, ubi res patitur, ut de ejus conditione quis dispiciat. Hæc ratio probatur ex *l.* 1. *de exercit. act. in pr.* ibique suum obtinet usum; sed differentia ipsa ibi non collocatur, nisi quod in §. 5. *d. l.* 1. habetur *facilius hoc in magistro quam in Institore admittendum*, quæ verba, licet sola, si conferantur *cum præjud. l.* forte non sufficiant, juncta tamen ei quod de institoria id nusquam est proditum, sufficere videntur ad probationem. Perez. *erotem. h. t. & ad tit. C. de Exerc. act. n.* 10. Altera differentia hæc est, quod Exercitoria tenetur in solidum Pater cujus voluntate filius exercuit nauticam negotiationem; sed Institoria non tenetur in solidum pater, licet eo volente filius merces peculiares exerceat, sed venit in tributum una cum creditoribus peculiaribus, *l.* 1. §. 19. *& 20. de Exerc. act.* ubi & ratio, *quia ad summam Rempubl. navium exercitio pertinet.* Perez. *ad h. t.*

6. (c) Quarta actio ex facto alieno est TRIBUTORIA, quæ datur Creditoribus servi aut filiifam. contra Patrem vel dominum, ex eo quod inique merces peculiares inter se & reliquos creditores diviserit. §. 3. *h.* Proinde non datur ad petendam divisionem ipsam, sed ad correctionem doli in divisione commissi, nunquam aliter. *l.* 7. §. 2. *& l. ult. D. de Tribut. Action.* Obstare videbantur verba Justiniani in *l.* §. 3. ubi; *ita prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros* cre-

(c) *Pos.* 14. *&* 15.

Digitized by Google

creditores pro rata portione distribuatur, *& ideo tributoria vocatur*, quæ verba Wesenbecio *ad h. t. ff.* imposuerunt, ut tributoriam de ipsa distributione mercium primitus facienda dari putaret: quod refellitur ex *d. l. 7. & ult.* Hunc locum bene Theophilus interpretatur: *προσέρχονται οἱ κρεδίτωρες τῷ πραίτωρι, καὶ ἀναγκάζει τον δεσπότην ἀγαγεῖν εἰς μέσον τὰ φορτία, Creditores adeunt Prætorem, qui dominum cogit merces in medio collocare*; quibus distractis, pergit Theophilus, si quid superfluum sit, tum demum *δοθήσεται τριβουτώρια κατὰ τοῦ δεσπότου*, *tributoria adversus dominum datur*. Ex quibus verbis intelligimus, quod Prætor omnium primum fecit, id eum non per modum actionis atque judicis dati, sed extra ordinem facere solitum fuisse.

SCHOLIUM.

Oritur ergo actio tributoria ex delicto, Wissenb. ad ff. de tribut. act. th. 24. Not. ad Strauch. XXII. 6. pag. 304. *quamvis Dn. Schilt.* Ex. 27. §. 48. *putet esse ex quasi contractu*. *De usu moderno dixi* ad Strauch. d. l. *quibus tamen adde Dn. Schilt.* d. l. 5. 47. 49. 50. 51. 52.

RESPONSIO.

Si de ipsa divisione in hac actione ageretur, nihil melius foret, quam ex quasi contractu eam derivare, qui recipit etiam doli præstationem. Sed quia tantum arguitur dolus in divisione facta commissus, magis est ut ex delicto videatur, id est, ex facto malefico, sicut est actio contra mensorem, qui falsum modum renunciavit, contra falsum tutorem & similes, inprimis ipsa doli actio. Atqui non est de dolo *hæc actio*, quamvis non aliter quam dolo interveniente competat. l. 8. de Tribut. act. *Tu dic, non est de dolo, hoc est* ad dolum puniendum, *sed ad* rei persecutionem, *ut habet idem textus. Dari autem delicta rei persecutoriæ actionis, jam dictum & adhuc dicendum est.*

N. ADDIT.

Non est hæc responsio ad nostrum scholium, sed ejus declaratio. Quare non est, ut aliquid excipiam.

7. (d) Quinta est actio de peculio, quæ datur ex contractu vel quasi contractu servi aut filiifam. contra patrem vel dominum, juxta eam quantitatem; quæ est in peculio. §. 4. *h.* Ratio autem peculii sic initur, ut id quod Patri dominove debetur, prius deducatur. *d.* §. 4. *l.* 5. §. *ult. de pecul.* Ut & quod frater, in ejusdem Patris potestate, debet fratri suo. *l. 6. pr. l. 9.* §. 3. *de Pecul.* Intelligitur autem peculium duntaxat profectitium; nam de Castrensi filius ipse tenetur ut paterfamilias; de adventitio Pater quidem tenetur, sed tanquam legitimus administrator, non actione de peculio. *l. 18. in fin. de cast. pecul. l. 6. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Accedit hæc ratio, quod omnes hæ actiones Prætoriæ dantur ex facto, adeoque ex voluntate Patris vel domini, sicut ex inductione singularum specierum intelligitur; Sed peculium adventitium non venit ex facto aut voluntate Patris: unde liquet, ne quidem hac actione teneri Patrem de peculio adventitio, cujus ipse plenam cum usufructu habet administrationem, ut videtur D. Wissenbachio *parte I. Pand. disp.* 29. *th.* 6. Nec enim ulla causa reddi potest, quare hoc casu filius Patris commoda minuere possit.

8. (e) *Sexta* est Actio de in rem verso, qua Pater vel dominus tenetur, quatenus e contractu filii vel servi patrimonium eorum sit auctum. *d.* §. 4.

SCHOLIUM.

Quæ iterum oritur ex quasi contractu. Not. ad Strauch. d. l. *& hodiernum usum habet de gestis famulitii nostri*. Dn. Schilt. d. l. th. 94.

RESPONSIO.

Existimavi hanc actionem esse qualitatem adjectitiam aliarum actionum, ut ad fin. h. t. videbimus, non actionem suæ naturæ atque distinctæ originis; ut non tam ex quasi contractu repetenda, quam ad quemlibet contractum, cui accedit, referenda sit.

N. ADDIT.

Et ego existimo actionem hanc esse qualitatem adjectitiam aliarum actionum. Exinde tamen non sequitur, eam, quatenus habet distinctum objectum personale, ab illa actione cui adjicitur, non habere posse etiam distinctam originem, v. g. Actio ex empto de in rem verso, est quidem ex empto quatenus cum filio vel servo contractum est, interim tamen nullum est dubium, dominum vel patrem, qui non contraxit, haudquaquam teneri directo ex illo contractu. Hinc quæritur, quænam ergo sit ratio cur teneatur? Respondetur, quia in rem ejus versum est. Habes hic factum innoxium, & regulam æquitatis naturalis, neminem debere locupletari cum alterius damno. Ergo habes quasi contractum.

Differre autem hanc ab actione de peculio, satis indicat ipsa definitio in *h.* §. 4. quia sæpe fit, ut actioni de in rem verso locus sit, cum nihil

(d) *Pos.* 16. & 17. (e) *Pos.* 18. 19. & 20.

Digitized by Google

nihil est in peculio; e contra, ut nihil sit in rem versum, cum tamen peculium abundat. Atqui dicuntur esse una & eadem Actio in *eod.* §. 4. idque ideo, quia clausula unius actionis alteri pro supplemento adjicitur: Ita ut si in peculio tantum non sit quantum debetur, id ex eo, quod in rem versum est, suppleatur, & vice versa. Proinde utraque actio in eodem libello conjungitur atque cumulatur. Teophilus hæc paulo confusius παραφράζει. Debet autem utiliter in rem versum esse, ut actio detur, non voluptuarie, *l.* 3. §. 4. *de in Rem verso*. Quatenus scilicet versum est, sive pro parte, sive in totum. *l.* 10. §. 4. *&* 6. *d. tit.* Quid si res quidem patris vel domini in eo statu fuerit, ut in rem verti opus esset, in eventu tamen pecunia vel res in utilitatem domini non cesserit, velut, si frumentum arserit vel corruptum sit? Actio nihilominus durat, ut docet Ulpianus in *l.* 3. §. 7. *l.* 17. *in pr. de in rem vers.* At idem in *l.* 10. §. 6. *eod.* sic ait; *versum autem sic accipimus, ut duret versum*. Sed ipse id explicat, si pater filio solverit jam, quod in rem ejus verterat, tum videlicet hæc actio cessat.

9. (f) Cæterum, cui datur Institoria, Exercitoria, quod jussu, hic etiam actionem habet de peculio, & de in rem verso, sed his actionibus non utitur, quia priores sunt meliores, cum in solidum competant, secus ac de peculio, de in rem verso, quæ sunt insuper difficilioris plerumque probationis. Perinde, qui habet Tributoriam, is quoque de peculio actionem habet, sed aliquo respectu Tributoria est melior, aliquo respectu de peculio actio. Tributoria, quoniam ibi conditio Patris vel Domini non est melior quam aliorum creditorum, *l.* 1. *de Tribut. act.* quod secus est in Actione de peculio, ubi Pater & Dominus deducunt quod sibi debetur. *d. l.* 1. *&* §. 4. *h.* Rursus de peculio Actio est melior, quoniam in hac agitur de toto peculio, in Tributoria tantum de mercibus, in quibus servus aut filiusfam. erat negotiatus; quæ est sententia §. 5. *h. t.* ubi Theoph.

10. Quæ hactenus dicta sunt, perinde filiisfam. ac servis conveniunt; in hoc tantum est discrepantia, quod Dominus ex mutuo per servum contracto, peculio tenus obligatur, sed filiusfam. pecunia mutuo accepta, nec patrem obstringit, nec ipse obligatur, uti mox, quamvis alioqui filiusfam. perinde ac Paterfam. teneatur, *l.* 39. *D. de Obligation. & Action.* cum servus non nisi naturalis obligationis sit capax. *l.* 14. *eod. tit.* Etiam in aliis causis servi obligatio minus quam filiifam. est efficax; Etenim si servus fidejusserit extra causam peculii, si judicium acceperit, si compromiserit, aut jusjurandum detulerit, ex his causis in dominum actio de peculio non datur, secus in filiosfam. *l.* 3. §. 5. *& seqq. l.* 5. §. 2. *de pecul.*

11. (g) Sed mutuum pecuniæ excipitur Scto Macedoniano, ita dicta a Macedone quodam, improbo fœneratore. *l.* 1. *de Sc. Maced.* (1) Ratio exceptionis est, quod filii ære alieno obstricti parentibus erant graves, ac sæpe eorum vitæ insidiabantur. *d. l.* 1. *D. de SC. Maced.* Atque ita liquet, in gratiam Patris, denique & in odium fœneratorum hoc Sctum esse introductum: unde filiusfam. ei non potest renunciare, *arg. l.* 29. *vers. omnes C. de Pactis*. *l.* 40. *de condict. ind.* secus ac mulier Sc. Vellejano, quod in ejus favorem simpliciter est constitutum, ne ex intercessionibus teneatur. *l. ult.* §. *pen. ad Sc. Vellej.* Fachin. 2. *contrav.* 62. Bronch. 2. *Antin.* 40. *&* 1. *Miscell.* 62. (2)

12. Cessat tamen Sctum Macedonianum, 1. ex persona filiifam. si habeat peculium Castrense vel quasi Castrense. Item si se mentitus sit esse Patremfam. aut si publice pro tali fit habitus. *l.* 3. *in pr. D. & l.* 1. *C. de Sc. Maced.* 2. Cessat respectu Patris, si sciverit, multo magis si jusserit aut ratum habuerit. *l.* 12. *&* 16. *eod.* vel pecunia in rem ejus versa fuerit, *l.* 7. §. 12. *eod.* 3. Respectu contractus cessat, si pecunia in res utiles sit credita, veluti in studia; modo non ultra modum, *l.* 7. §. 13. *ejusd. tit.* cessat quoque in aliis rebus mutuo datis extra pecuniam, nisi in fraudem Scti sint datæ, *l.* 7. §. 3. *eod.* item quando mutuum dotis causa necessario acceptum est. *d. l.* 7. §. 2. 4. Cessat respectu creditorum, 1. si minor dederit mutuum majori, quia validius est privilegium ætatis quam Scti, *l.* 11. *in fin. de minor*. unde sequitur, si minor dederit pecuniam filiofam. æque

(f) *Pos.* 21. *&* 22. (g) *Pos.* 23. *& seqq.*

(1) *Theophilus ad* §. 7. h. t. *adfirmat filiumfam. Macedonem huic S. C. occasionem nomenque dedisse, quam sententiam juvant prima S. C. verba: dicitur enim: in* l. 1. ff. *de S. C. Maced.* cum inter cæteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset. *Quæ verba ad fæneratorem qui credidisset, pertinere non possunt, nam æs alienum est, quod nos aliis debemus.* l. 213. §. 1. V. S. *& sequens S. C. Clausula:* & sæpe materiam peccandi &c. *duntaxat ad fæneratorem referri potest. Vide Maranum in paratit. ad tit.* ff. *de S. C. Maced.*

(2) *Sed nec mulier S. C. Vellejano renunciare potest. At hæc quæstio occurret titulo ff. propriol.*

æque minori, cessare hanc exceptionem. 2. Si creditor nesciverit esse filiumfam. *l. penult. d. t.*

13. (h) Sciendum autem, Actiones Prætorias, quæ h. t. traduntur, esse obliquas, nec omnino species actionum distinctas, verum adjectitias duntaxat qualitates aliarum actionum, ut empti exercitoria, conducti exercitoria, condictio certi exercitoria, condictio quod jussu, ac ita in cæteris. Præter eas vero actiones obliquas, dantur etiam ex iisdem causis & adversus easdem personas directæ condictiones, quæ sunt civiles. §. *ult. h. t.* Quid igitur opus fuit dari prætorias? Tu dic; Prætor has Actiones videtur introduxisse antequam civiles essent in foro receptæ; vel non raro Prætorem edicere de rebus, quæ jam antea civiliter erant constitutæ. *arg. l.* 1. *D. Commodati*.

TIT. VIII.
De Noxalibus actionibus.

I. Definitio actionis Noxalis & ratio. II. Vis hujus actionis &c. III. Divisio. IV. Cujus generis sit actio. V. Quid juris sit in delicto filiifamil.

(a) N*Oxalis actio* datur ex delicto servi adversus dominum, in hoc, ut vel damnum sarciatur, vel servus noxæ dedatur. *pr. h.* Ratio cur servus ex delicto etiam in domini præjudicium valide ac civiliter obligetur (cum ex contractu tantum naturaliter teneatur, *l.* 14. *de O. & A.* idque sine regressu ad dominum, nisi ex prævio ipsius facto, ut ad *tit. præced.* intelleximus) ratio, inquam, obscura non est. Primo enim, publicæ disciplinæ vigor acrius urget animadversionem delictorum, quam contractuum; & dein, delicta invitos homines lædunt, contractus ab servo cum volentibus ineuntur, qui sibi imputare debent, quod cum servo homine contraxerunt. adde Cujac. *tract.* 7. *ad Afric. in l.* 21. §. 2. *de fidejuss.*

SCHOLIUM.

Hæ rationes non persuadent; potius dicendum, actiones noxales oriri respectu domini, ex quasi contractu.

RESPONSIO.

Nimis liberalis est quasi contractuum Scholiastes. Quid adfine contractui admittat dominus in delicto servi, ipso invito admisso, haud facile dixeris. Nihil simplicius, quam esse qualitates adjectitias actionum ex delicto, ut videbimus n. 3.

N. ADDIT.

Hanc vero ultimam responsionem de qualitate adjectitia, nihil inferre, jam ostensum ad tit. præced. n. 8. *Et autor eo ipso, dum in rationem peculiarem harum actionum inquisivit, eam illationem refutat. Res ita se habet: Servi obligantur etiam jure civili ex delicto. Saltem quæstio est, cur in præjudicium Domini, cum tamen servus, alias non possit Domini conditionem deteriorem reddere. Respondetur: Si servus delinquens non esset in dominio, posset actor ipsum ex delicto convenire, & si non haberet in ære, ejus corpori incumbere. Hoc quominus fieri possit, obstat alterius dominium. Cum vero dominus alias sentiat lucrum ex servo, æquius est, ut is damnum patiatur & incommodum, quam qui per servum est læsus. Ne tamen & sic domini conditio a servo reddatur deterior, & ultra lucrum dominus gravetur, liberatur hominus noxæ deditione, cum ita, ut modo diximus, actor non habeat quod conqueratur.* conf. Struv. Ex. 14. th. 18.

2. Æstimatio damni proprie est in obligatione, noxæ deditio in præstatione, qua reus beneficio legis se liberare potest. *l.* 6. §. 1. *de re jud.* Utraque sententiæ quidem interitur, §. 1. *infra de off. jud.* sed æstimatio damni principaliter, noxæ deditio per consequentiam. *d. l.* 6. §. 1. quatenus durum & iniquum visum est, ut servus domino supra corporis sui pretium noceret; cum alioqui traditum sit, non posse servum domini conditionem facere deteriorem *l.* 133. *d. R. J.* Noxæ & noxiæ discrimen, quod est in §. 1. *h. t.* ut noxa sit corpus quod nocuit, noxia delictum ipsum; minime perpetuum est, cum noxa & noxia passim pro maleficio promiscue accipiantur, *l.* 1. *l.* 2. §. 1. *l.* 14. *de Nox. act.* Vinn. *ad* §. 1. Noxæ autem deditionis hic est effectus, ut dominium servi transeat in eum, cui actio e delicto noxalis competit, ut tamen idem servum, qui confecta pecunia damnum ei refudit, dimittere cogatur. Eoque casu servi etiam dominus eum manumittere compellitur. §. 3. *h.* Si dominus servum defendere velit, potest eum destituendo statim liberari. *l.* 33. *d. tit.*

(h) *Pos.* 30. & 31. (a) *Pos.* 1.

Digitized by Google

3. (b) Dividuntur hæ actiones in civiles & prætorias. *Civiles* dantur ex maleficiis quæ Legibus puniuntur, ut furti nec manifesti noxalis, damni ex *L. Aquilia* noxalis, Injuriarum ex L. Cornelia noxalis &c. *Prætoriæ*, ex maleficiis quæ prætor edicto suo punivit, ut noxalis injuriæ verbalis, noxalis vi bonorum raptor. &c. Quippe noxales actiones non sunt etiam distinctæ species, sed tantum accessoriæ qualitates aliarum Actionum.

4. Illud palam est, in personam actiones esse, cum sint ex delicto; videntur tamen in rem scriptæ, quia dantur adversus possessorem servi; nam noxa caput sequitur, etsi tempore delicti commissi fuerit in alterius dominio. §. 5. *h. l.* 20. *& l. ult. h. t. l.* 1. *C. eod.* Hæc autem regula: Noxa caput sequitur, etiam huic casui accommodatur, quo servus, delicto perpetrato, manumissus fuit, *l.* 1. §. 18. *Depos. l.* 4. *C. An serv. pro suo fact.* quod hactenus verum est, quatenus actio contra manumissum sine dubio datur, at minime noxalis, verum directa ex ipso delicto, *d. l.* 4. *& l.* 15. *de condict. furt.* quemadmodum & contra, si liber homo, delicto perpetrato, servus esse cœperit, hoc quoque casu noxa caput sequitur, ita ut actio quæ prius directa competebat, jam facta sit noxalis. §. 5. *in fin. h.* adde *l.* 7. §. 1. *de cap. min. l.* 1. §. 2. *in fin. de priv. delict.* Cæterum, dominus ex delicto servi sui, nullo casu actionem habere potest, ne quidem si postea sit manumissus, ut pluribus habes in §. 6. *h. t.*

5. (c) Olim quoque ex delicto filiifam. noxaliter agebatur, §. *ult. h.* quemadmodum per omnia fere Patria potestas æque rigida fuit ac dominica; sed hodie ipsemet ex delicto suo filiusf. convenitur, non pater, *d.* §. *ult. in fine.* * quanquam in patrem post condemnationem actio judicati exercetur. *l.* 3. §. 11. *de pecul. l.* 35. *de Nox act.* Quod si non habeat unde solvat, corporaliter puniendus est. *l.* 1. § *ult. D. de Pœnis.* Unde regula vulgata, qui non habet in ære, luat in pelle: ** quæ non alibi locum habet quam in delictis, quibus pœna pecuniaria est imposita. *d. l.* §. *ult.* Cæterum, ad publica delicta, nequidem deditio servorum pertinet, § *ult. h.* quippe in publicis delictis agitur de animadversione, qua homines alii ab similibus ausis deterreantur, non de mulcta pecuniaria actori applicanda, vel de æstimatione damni: verum actio noxalis supponit actorem, qui æstimationem damni quærat, ut ex definitione apparet.

TIT. IX.

Si Quadrupes Pauperiem fecisse dicatur.

I. Actio de pauperie quadrupedaria. II. Concursus ejus actionis cum Ædilitia.

(a) Noxali simillima est actio de damno per quadrupedem dato, quod *pauperiem* vocamus. Etenim pauperies est damnum sine injuria facientis datum, hoc est a pecude, quæ ut juris, ita & injuriæ incapax est, *l.* 1. §. 3. *h. t.* utcunque aliquod ejus vestigium appareat in *d. l.* 1. §. 11. ubi distinguitur inter culpam animalis provocantis & innocentiam provocati, qua in re videtur aliquam rationem habuisse Juris ejus quod Plutarchus probat *in lib.* τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, *Irrationalia ratione uti.*

SCHOLIUM.

Malim rationem decisionis in eo quærere, quod bestia provocans contra naturam generis læserit, provocata vero secundum naturam.

De pauperie datur ei, qui passus est damnum, hoc est, domino vel ei cujus interest, *l.* 1. §. *ult. & l.* 2. *h. t.* adversus dominum quadrupedis actio, in hoc, ut vel damnum sarciat, vel

(b) *Pos.* 2. *&* 3. (c) *Pos.* 4 (a) *Pos.* 1. *& seqq.*

* Usu moderno ex delicto filiifamilias non conceditur adversus patrem actio, nequidem ad mulctæ solutionem juxta legitimæ quantitatem: hæc enim post mortem demum debetur. Ceu pro patre ob vulnerationem a filio factam *zu Zehlung des Artztlohns* convento, *pron. Fac. Lips. m Apr.* 704. conf. Berlic. P. 5. *concl.* 14. *num.* 18. Coler. *Decis.* 19. *n.* 9.

** De usu hujus regulæ, quæ *l.* 7. §. 3. *de jurisd. l.* 25. *ff. de in Jus vocand. l. ult. C. de mod. mult. c.* 5. *X. de dol. & contum.* confirmatur, in Saxonia satis constat ex *Ord. Cur. Prov. Wittemberg.* rubr. *Von der Leuterung.* §. *und-nachdem* ubi temere appellantes, si mulctam præstare nequeant, corpore pœnam dare jubentur, verb. *am Leibe soll. gestrafet werden.* Corp. Juris *Sax. p.* 142. *conf. Privil. Lipsiensis* Senatus, *wegen muthwilliger* Appellationen *und unnöthigen Processen.* §. *Wenn es aber gar arme und unvermögende Leute betrifft, so die angesetzte Geld-Strafe nicht zu bezahlen hätten, die selben anstatt derselben nach Befindung, &c. Leipzig.* Statuta *pag.* 234. *it. ex Ordin. Prov. de Ann.* 1555. *rubr.* Consistoria §. *Würde sie haben.* Mand. *Elect. de An.* 1626. *de* 14. *Febr.* §. Unde begehren *Ordin. Prov. de Ann.* 1661. *tit.* 17. von Rind Zauffen §. 3. aliisque pluribus textibus. Adde Mench. Disput. de Tergo subsidiario, vulgo *von der Bezahlung mit der Haut.*

Digitized by Google

vel quadrupedem dedat. *l. l. 1. pr. & pr. h.* * Locum autem habet, quando quadrupes contra naturam generis sui, non ex ingenita feritate nocuit, nec etiam si irritatus sit quadrupes, aut ob onus nimium aut errore ductoris nocuerit. Nam priore casu nulla est Actio, nisi in duplum adversus eum, qui canem, aprum, verrem aut aliud animal noxium, juxta viam publicam habuit. §. *ult. h.* Altero autem casu, si pecus irritatum sit ab eo, cui nocitum est, ipse sibi imputet; si ab alio, tunc ille tenetur *ex L. Aquilia* utili, vel in factum actione. §. *ult. de L. Aquil. in fin.* Est præterea de pastu pecoris actio ex L. XII. Tabb. *l.* 14. §. 3. *de præs. verb.* ipsum tamen pecus non includetur, nisi dominus ignoretur, *l.* 39. §. 1. *ad Leg. Aquil.* tametsi in pascua Principis immissum animal ibidemque repertum fisco pro noxa cedat. *l.* 1. *C de fund. & salt. rei domin.* De glande a suibus alienis comesta datur actio ad exhibendum in id quod interest *l.* 9. §. 1. *ad exhib.* vel in factum, *l.* 14. §. *fin. de præsc. verb.* sc. quatenus in una plus est quam in altera; nam si utraque daretur in solidum, tum idem bis peteretur, quod bona fides non patitur. Per hanc enim regulam judicandum est, quando concursus Actionum sit electivus, quando cumulativus, ut dictum in *fine tit. de obligat. quæ ex del.* & modo inprimis *ad fin. tit. de Action.* ita ut semper consideretur, sitne aliquid in una actione quod nec fuit in altera. Nam si leviore prius sit actum, gravior adhuc superest in id quod in ea plus reperitur. Ac ita, inquam, capiendum videtur, quod in fine *h. t.* scriptum est, *Nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit*, sed durat agendi jus, donec actor id quod maximum est in ulla actione de re ista, sit adeptus; *præsertim pœnales*, ait textus, quia in his concursus plurium actionum multo frequentior est quam in rei persecutoriis. Eadem regula sic habetur in *l. pen. de O. & A. l.* 130. *de R. J.*

2. Sed roget aliquis; quo pacto fieri potest, ut actio ædilitia cum quadrupedaria concurrat? Nam ædilitia de canibus & de feris animalibus scripta est & de his quadrupedaria non competit. Responsio est, utilem quadrupedariam de illis dari, *l.* 1. §. 14. *& l. pen. h. t.* quamdiu scil. quadrupes in potestate custodiaque prioris domini manet: Etenim si effugerit, hæc actio cessat. *h. pr. versic. denique si ursus.*

SCHOLIUM.

Sed l. 1. §. 14. *nihil probat. In lege penultima vero* aliud animal, *non opponitur* mansueto, *sed* quadrupedi. *Et pugnat hæc assertio, quod actio utilis quadrupedaria detur de damno per feram bestiam dato, cum Philosophia Ulpiani in tota* l. 1. h. t. *imo & ipsius Triboniani* in pr. h. t. *Videtur itaque, si dicere licet quod res est, clausula ista in* §. 1. h. t. *Triboniano ex incogitantia excidisse.*

RESPONSIO.

Pro l. 1. §. 14. *poni debet* §. 4. *ex quo constat, verba Edicti fuisse generalia, quæ a JCtis limitationem acceperunt, qualis ibi & in l. pen. Non est diserte illic de feris bestiis; sed Justinianus non minorem habeat auctoritatem quam JCti, hac in parte; ut potius utilem actionem ad eam speciem extendamus, quam inutilem conditoris Artis negligentiam increpemus. Eadem est responsio Vinnii. Plura alias.*

N. ADDIT.

Mire castratum est Scholium nostrum & capite & medio & fine carens. Ergo ante omnia integrum restituamus. Positum erat ad verba, ubi dicebatur in positione, quod hæc actio detur, si contra naturam generis sui damnum dederit bestia. Adjeceram; Wiss. h. t. th. 2. Est enim inventa hæc actio in his casibus ubi lex Aquilia cessat, unde pauperies per feras bestias data huc non spectat, sive enim fera damnum dederit, quæ est nondum occupata, nemo qui conveniri queat adest, sin occupata sit, tum absque culpa vel læsi, vel domini, vel tertii, damnum dari nequit. Non obst. §. *ult. h. t.* ad quam varie respondent Dd. *Responsio est*, inquit autor *in prælect. n.* 2. *utilem quadrupedariam de iis* (feris bestiis) *dari*, *l.* 1. §. 14. *h. t. l. pen. eod. quamdiu scil. quadrupes in potestate custodiaque prioris domini manet. Etenim si effugerit, hæc actio cessat, h.* princ. versi. denique si ursus. Sed *l.* 1. §. 14. nihil probat. In lege penultima vero *aliud animal*, non opponitur *mansueto*, sed *quadrupedi*. Et pugnat hæc assertio, quod actio utilis quadrupedaria detur de damno per feram bestiam dato, cum Philosophia Ulpiani

* Jure Saxonum Dominus animalis hanc electionem amittit, si animal, quod damnum dedit, ad se recipiat, sic enim, modo pauperiem ab eo factam sciverit, damnum datum præcise præstare jubetur. *L. R. L.* 2. *art.* 40. Zobel. *P.* 1. *diff.* 8. n. 6. Carpzov. *Prax. Crimin. qu.* 131. *n.* 19. Thomæ *de nox. anim. cap.* 10. *n.* 31. Tenetur ergo animal abigere, id est ut Schilter. *ad ff. Ex* 18. §. 6. ex moribus & æquitate explicat, ad judicem deducere, quo facto ipse ab omni obligatione liberatur, licet (*a*) læsus bestiam nolit recipere, ea enim tunc pro derelicta habetur, quæque a Judice retineri, aut a quocunque occupari potest. Schilter. *l. c. j.* Richter. *Dec.* 3. *n.* 32. aut (*b*) animal ad dominum, qui expulit, revertatur; satisfecisse enim videtur suo officio, qui id illico abegit.

ni *in tota l.* 1. *h. t.* imo & ipsius Triboniani, *in pr. h. t.* Melius forte ad mentem Triboniani est aliorum responsio, concursum actionis de pauperie cum actione ex ædilitio edicto, ibi memorari saltem respectu canum, qui ad bestias mansuetas pertinent. Dico: ad mentem Triboniani. Ad mentem legis XII. Tabb. & Ulpiani nec hoc est. Sed *etsi canis*, inquit *l.* 1. §. 5. *h. t. cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit & alicui damnum dederit.. SI PER EUM LOCUM induci non debuit, hæc actio cessabit & tenebitur qui canem tenebat*. Videtur itaque, si dicere licet quod res est, clausula ista in §. 1. *h.t.* Triboniano ex incogitantia excidisse, quod ostendunt insuper voces: *præsertim pœnales*. Ex quibus constat, eum hanc actionem pro pœnali habuisse, iterum contra mentem Ulpiani & legis XII. Tabb. ut jam dicetur. Est enim ex quasi contractu ob æquitatem naturalem, per ea, quæ Dn. Struv. *Ex.* 14. *th.* 8. Dn. Pufend. l. 3. & 4. *J. N. & G.* c. 1. §. 6. Ad quasi delictum videtur eam referre Dn. Schilter *Ex* 19. *th.* 2. quod forte magis ad mores Saxonum, de quibus *th.* 3. quadrabit, quam ad legem XII. Tab. *Jam videamus responsionem Autoris. De L.* penult. *jam in Scholio dictum, & videtur hic consentire Autor. Sed* §. 4. l. 1. *pro Autore nihil probat, quia hic* §. *non est separandus a* §. 7. *sed cum eo conjungendus. Adde, quod JCti verba edicti generalia limitaverint non pro suo arbitrio, sed ex natura negotii, ut videlicet actio hujus edicti secerneretur ab actione Legis Aquiliæ. Non minorem porro Justinianus habuit autoritatem quam JCti, fateor, sed non tantam ut intellectui legem ponat & naturas rerum mutet. Præprimus autem, si quis hac responsione uti velit, constare debet, an Justinianus novam legem dare & veteres JCtos corrigere velit, de quo nihil extat in* §. ult. *Jam videant JCti cordati, & qui sputa Triboniani lingere non sunt adsueti, an conveniat vero & non personato JCto, ut potius contra juris prima principia utilem actionem de pauperie ad eam speciem extendat, quam inutilem conditoris artis negligentiam increpet. Hujus videlicet conditoris, qui quotiescumque de suo ingenio quid ratiocinari vult, tam misere id facit, ut vel tyrones non pejus facere possint*. vid. potiss. §. ult. quib. ex caus. manum. non licet, & tit. Inst. de L. Fusia Canin. *Conf. Autorem ipsum supra ad hunc posteriorem titulum.*

Cæterum Pœna actionis ædilitiæ * est eadem, quam *supra* habuimus in quasi maleficio de dejectis & effusis, nisi quod hic de homine occiso agitur in ducentos aureos sive solidos. *l.* 32. *de Ædil. Ed.* vid. *supr.* ad §. 1. *de Obligat. quæ quasi ex del.*

TIT. X.

De iis per quos agere possumus.

I. Jus vetus & novum de hac Rubrica. II. Quid procurator & quotuplex. III. Usus & officium ejus. IV. Potestas & differentia ab affinibus.

(a) Olim nemo per alium poterat exercere judicium, οὐκ ἦν ἐν πολιτείᾳ, *non erat in usu civili*, ut Theoph. quia cunctæ actiones erant legis actiones, *l.* 2. §. 6. *& seqq. de O. J.* quas per alium exercere non licebat, *l.* 123. *de R. J.* quemadmodum idem adhuc obtinet in his, quæ per excellentiam Legis actiones hodieque dicuntur, *l.* 77. *de R. J.* ibique Jacob. Gothof. Tamen & olim causæ excipiebantur, in quibus absoluta necessitas in universum id flagitaret, veluti cum pro populo syndicus, & actor, pro pupillo tutor, & pro libertate adsertor agebat; quia totus populus, servus & pupillus, nullo modo in judicio stare poterant, denique pro absentibus Reip. causa ex L. Host. de furto *pr. h. t.* Sed postea Civium utilitas effecit, ut indistincte liceret dare procuratores ad lites exercendas, *d. pr.* utique ad causas civiles, ** ne famosis quidem exceptis, *l.* 6. §. 2. *de his, qui not. infam. l.* 42. §. 1. *de Procur.* imo

(a) *Pos.* 1. & 2.

* Jure nostro quoties animal sua natura ferox damnum dedit, e. g. *ein schädlicher Hund, zahmer Wolff, oder Hirsch &c.* dominus, ad quem tempore læsionis bestia pertinebat, eam expellendo haud liberatur. *L. R. L.* 2. *art* 62. sed si quis occisus fuerit, ad præstandum Wergeldum, si læsus, ad emendam impensasque curæ solvendas compellitur, ac præterea carcere aut mulcta coerceri solet. conf. *Ord. Crim. art.* 136. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 391. *n.* 25.

** Ita quoque apud nos regulariter obtinet; personalis tamen comparatio requiritur †† 1.) in causis cambialibus ex parte Rei, secundum *das erneuerte Marckt* Rescript. *de Anno* 1660. verb. *iederzeit in Person vor Gericht zu erscheinen.* 2.) in causis mercatoriis, *de Rescript.* verb. *in Wechsel-und andern bekantlichen oder in continenti erweißlichen Handels-Schulden.* 3.) in causis Matrimonialibus, inprimis in primo Termino, *bey der Verhor.* Berger. *Elect. Process. Matrim.* §. 16.

†† Partes novissimo Jure Judiciario, in omnibus Judiciis superioribus & inferioribus, nec non ad Commissarios, ut sub quinque & amplius talerorum pœna prima vice ipsæ se judicio sistant, citandæ sunt, nec admittendæ excusationes,

Digitized by Google

imo ne civilibus quidem, ubi pœna non excedit relegationem, *l.* 1. *verf. plane. An per al. cauf. appell. reddi poff.* nam in gravioribus caufis non licebat dare Procuratorem. *d. l.* 1. *& l. pen.* §. 1. *de publ. judic.*

2. (b) Eft autem procurator, qui res alienas mandato Domini adminiftrat, *l.* 1. *pr. de Proc.* unde folo confenfu etiam inter abfentes conftituitur. §. 1. *h.* Eftque vel ad negotia, qui plerumque Mandatarius vocatur, vel ad lites. *l.* 73. *de procur.* Hic rurfus in rem fuam vel in rem alienam, de quibus *fupr. in tit. de mandat.* Per mandatum vero differt procurator a negotiorum geftore, & a defenfore; nam ille dicitur, qui res alienas fine mandato adminiftrat, hic vero, qui litem abfentis amici ultro fufcipit ac tuetur. *l.* 28. *& l.* 51. *de Procurat. & defenfor.* Poteft etiam Procurator rei, *Defenfor* appellari, *l.* 35. §. 3. *de Procur.* quemadmodum & defenfor mandato carens Procurator dicitur in *l.* 12. *C. de Procurat.* Hoc tit. de Procuratoribus ad litem & in rem alienam agitur.

3. Ufus Procuratoris eft, ut fit vicarius domini, ficut Cicero in *orat. pro Cæcin.* loquitur, fiquidem morbus, ætas & neceffaria peregrinatio aliæque juftæ caufæ, fæpe hominibus impedimento funt, quominus ipfi rem fuam exequi poffint. *pr. h. l.* 1. §. 2. *de Procurat.* Quid enim erat inhumanius, quam quod olim litigantes etiam ægroti in jus venire cogebantur, ita ut jumento vehiculoque imponerentur, quemadmodum apud Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. legimus? Ex his liquet; officium Procuratoris ad rem alienam effe, omnia facere, quæ ad litis exitum victoriamque obtinendam pertinent, *d. l.* 35. §. 3. *de Procurat.* qua de re plenius ad *tit. D. de Procurat.*

4. Differt autem Procurator ab Advocato,* quia ille per litis conteftationem fit dominus litis. *l.* 22. *& feqq. C. de Procurator.* Advocatus vocis fuæ patrocinium duntaxat adhibet; Procurator fatifdat, non advocatus. §. 3. *tit. fequ.* Advocatum per quinquennium juris ftudio operam dediffe oportet, ** *conftit. ad Anteceff. verf. quibus fi bene.* de procuratoribus nihil tale proditum eft. Præterea Advocati officium multo dignius eft, *l.* 14. *C. de Advocat. diverf. Judicio.* cum Procurator etiam poffit effe infamis homo, §. *ult. infra de except.* denique jurat de calumnia Advocatus, non Procurator. §. 1. *Inft. de Pœn. tem. litig.* Compendiofe Afcon. in *divinat. Cic. Qui defendit alterum in Judicio, aut Patronus dicitur, fi orator eft; aut Advocatus, fi aut jus fuggerit, aut præfentiam fuam commodat amico; aut Procurator, fi negotium fufcipit, aut cognitor, fi præfentis caufam novit & fic tuetur ut fuam.* Poftea Patronorum & Advocatorum confufa funt officia, cognitoris in jure noftro ne quidem nomen, quod fciam, extat. Procurator eft is, de quo diximus & dicetur pluribus in ff.

T I T. XI.

De Satifdationibus.

I. Quid fatifdatio & quomodo facta jure veteri. II. Quomodo jure novo, refpectu Rei. III. Refpectu actoris, fi det Procuratorem. IV. Refpectu rei Procuratorem dantis. V. Ratione Defenforis &c.

(a) QUando per alios judicia exercebantur, inprimis neceffariæ erant fatifdationes, aliquando etiam, fi per ipfos litigantes. Quid autem eft Satifdatio? Nihil aliud quam cautio, quæ fit datis fidejufforibus in fecuritatem adverfarii, *l.* 1. *Qui fatifd. cog. l.* 7. *de ftip. Præt.* Hæc

(b) *Pof.* 3. *& feqq.* (a) *Pof.* 1. *& 2.*

nifi morbo, longinqua abfentia, itineribus neceffariis, aliifque impedimentis ex judicis arbitrio legitimis innitantur, cui quidem demonftratione aliqua, aut faltem affeveratione juramenti loco in literis excufatoris adjecta, fidem faciant. Interea ita excufatus, mandatarium fuum ad amicabilem compofitionem, cujus obtinendæ caufa hæc conftitutio maxime confecta eft, fufficienter inftruat, nec ideo, ut audiat, & ad fe referat, eum in judicio adeffe debere, credat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. I.* §. 1.

* In judiciis Saxoniæ plerumque advocatus caufæ fimul procuratoris partibus folet defungi, utut non prohibitum fit alium procuratorem, qui juris imperitus effe poteft, alium advocatum fibi conftituere. Cæterum in Curiis Saxoniæ provincialibus Lipfienfi & Vitebergenfi diverfum eft procuratorem, *derer Anwalde oder Redner*, & advocatorum officium. De numero eorum ac munere ut & folario, vid. *Leipz. Ober-Hofger. Ordn.* d. 1549. tit. *wie viel* procuratores, it. tit. *von den* Advocaten *Wittenb. Hofger. Ordn.* d. 1550. t. *von den* Procuratoren.

** Studium quinquennale academicum in advocatis defideratum, *v. l.* 11. §. 3. *C. d. adv. div. judicior.* ubi ad eruditionem & habilitatem magis, quam ad tempus in academiis confumptum, vid. Mand. *El. d.* 1691. §. 9. refpectum fuit, non amplius exigitur. Interim noviffimum mandatum *d.* 1723. *d.* 12. *Apr.* §. 2, difpofuit, neminem ad examen advocatorum admitti, nifi qui idoneis atteftatis doceret, fe per tres, vel quatuor annos ftudio juris tam in theoria quam praxi vacaffe & differendo profectum fpecimen publicum edidiffe.

Digitized by Google

Hæc aliter veteri, aliter recentiori jure præstita fuit, ut in *pr.* & *§.1.h.t.* exponitur. Olim reus actione in rem conventus satisdabat Judicatum solvi, ἕνεκα τῆς Διατιμήσεως τῆς δίκης, *de litis æstimatione solvenda*. Actor suo nomine agens non cavebat, sed procurator satisdabat dominum rem ratam habiturum, si ullo modo de ejus mandato dubitaretur. *pr. h.tit.* Idem respectu actoris erat in actionibus in personam, idque etiam in tutoribus & Curatoribus obtinebat, ait Cæsar. *in pr.h t.* quando videlicet, an tutores essent, dubitabatur. *l.23.de administr. & peric. tut.* Regulariter enim Tutores atque curatores non satisdabant de rato, *l. ult. §. 3. C. de Administr. tut. l.23. D. eod.* idemque de syndicis & actoribus, qui ab universitatibus dantur, intelligendum. *l.6. rat. Rem hab. l. 6. §.3. Quod cujusque univers. nom.* Sed reus proprio nomine suscipiens judicium, nihil tum satisdabat; at si quis pro alio judicium susciperet, is quoque satisdabat judicatum solvi. *§.1. h. l.33. in fin. de Procur.* Ratio, cur reus olim in actionibus in rem magis quam in personam satisdederit, hæc reddi potest; quod in illis agebatur de corporibus, quæ perire vel deteriora fieri possent; in his de quantitatibus, quæ neque perire neque deteriorari possunt. *arg. l. 11. C. si cert. pet.*

(b) *Pos.* 3. 4. 5. & 6.

2. Jure novo Actor, sive per se, sive per Procuratorem inferat litem, cavet intra duos menses a tempore libelli porrecti, se litem contestaturum. *Nov. 96. c.1.* * (b) Reus in Judiciis personalibus Realibusque cavere debet judicio sisti & se in judicio usque ad finem litis permansurum, *§.2.h. Auth. generaliter. C. de Episc. & cler.* fit autem illa cautio tribus modis, per fidejussores, per jusjurandum, aut per nudam repromissionem. Hac postrema, ψιλῇ ὁμολογίᾳ, ut Theophil. defungi possunt rerum immobilium possessores, quorum prædia sunt pro prædibus. *l.15. D. Qui satid. cog.* ** Jurejurando cavent Illustres personæ, *l.17.C. de dignitat.* item pauperes, qui fidejussores reperire nequeunt. *Nov. 112. C. 2.* Ratio quare idem privilegium personis adeo contrariis indulgeatur, sunt diversæ; ab illustribus ideo non exigitur fidejussor, quod in ea re quædam insit contumelia. *l. 17. in fin. de Testam. Tut.* Pau-

* Istæ cautiones Juris Romani apud nos in usu non sunt. Carpzov. *P. 1. C. 5. Def. 1. & 10.* Coler. *de Process. Execut. p. 3. c. 11. n. 91.* Schilter. *ad Jus Alem. Feud. cap. 17.* Stryck. *Us. Mod. ff. tit. de calumniat. §. 4.* Interim duæ jure nostro ab Actore exigi solent cautiones; I. Guaranda, *die Gewehr der Klage*, quam actor præstat actu corporali, *durch Angelobniss an den Gerichts Stab, oder durch den Handschlag*, vi cujus promittit, se libellum non mutaturum, & reum adversus omnes, qui ipsum ex eadem causa convenire velint, defensurum. Quæ Jure Comm. Saxon. introducta. *L. R. l. 1. art. 15. & l. 3. art. 14.* & Electorali confirmata est. *P. 1. C. El. 4. O. P. S. T. §. da auch, T. 12.* verb. *Vermoge Land-üblicher Sachsis. Rechte* Ref. Grav. *de Anno 1653. gr. 17. C. S. p. 1031.* add. Berlich. *P. 1. Concl. 19.* & Carpzov. *ad d. C. def. 1. seqq.* hæc in causis ordinariis, etiam reconventionis, feudalibus & criminalibus quoque, *Weichb. art. 114.* non tamen in Processu summario Executivo, Cambiali, Matrimoniali, & Mercatorio exigitur, conf. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit. 7. §. 2. 3. 5.* Zang. *d. Except. P. 3. c. 21. a. 38. Mod. Pistor. qu 38.* II. Cautio pro Reconventione & Expensis, per quam Actor datis fidejussoribus vel pignoribus, ac in subsidium jurato, cavet, quod in reconventione se coram eodem judicio sistere, ac in expensas litis temere motæ condemnatus, eas præstare velit. In Reconventione autem de solis expensis ea exigitur. Carpzov. *Proc. T. 9. art. 5. num. 181.* Suendendorf. *ad Finig. p. 478.* & in causis matrimonialibus, alimentorum, ut & in concursu creditorum locum non habet. Berger *Elect. Proc. Matrim. th. 21.* Carpzov. *P. 1. C. 5. d. 27. n. 2.* ubi quoque hæc cautio cessat in provocante ex L. diffamari, & L. si contendat. Cum is in causa principali revera sit reus. Lauterbach. *disput. ad L. si contendat. ff. th. 67. n. 3. 9.*

** Hi apud nos Guarandam quidem præstare tenentur, † a Cautione autem pro Reconventione †† & expensis liberantur, ††† *P. 1. C. El. 5. Ord. Proc. Sax. Tit. 13. §. nachdem*, ubi eodem jure apud nos fruuntur, qui allodialia & qui feudalia bona possident. Carpzov *ad d. C. d. 10.* Imo Ususfructuarii quoque rerum immobilium e. g. mariti, quorum uxores immobilia possident, cavere non compelluntur. v. *L R. l. 3. art. 76. P. 3. C. El. 32.* Carpzov. *l. c. def. 21.* Nicol. *ad Proc. P. 1. c. 36. a. 9. p. 402.* licet hi jure Romano a cautione non liberentur, *l. 15. §. 1. ff. qui satisd. cog. vel jur. prom.* Lauterb. *ad d. l. c. 35. n. 25.* conf. Strych. *Us. Mod. ff. tit. qui satisdar. cog. §. 10.* Nec requiritur, ut immobilia sub eodem judice sita sint, *O. P. S. T. 13. §. 1.* sed sufficit, si Actor in Electoratu possessionatus sit, unde etiam possessor immobilium in Episcopat. Marisb. aut Numburgensi Cautionem non præstat in Saxonia Electorali, Carpzov. *Dec. 156.* Eos tamen, qui in Lusatiæ Marchionatu possessionati sunt, ab eadem in judicio supremo Provocationum non immunes esse, ostendit Nicol. *l. c. n. 3.*

† Guaranda, res exigui usus, & litium remora in foro Saxonico penitus est abolita. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XII. §. un.*

†† Cautio pro Reconventione in Saxonia cessat, postquam hæc cum conventione pari passu ambulat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XXIII. §. un.*

††† Puta rerum immobilium possessores, quales jure novissimo habentur Tabernarum & Apothecarum domini, usufructuarii, in publicis muneribus constituti, & salaria eo nomine percipientes, corpora denique integra & universitates, licet communibus bonis non sint instructæ. Præter hos, & eos, qui pauperum jura nacti sunt, si alia agere vel conveniendo, vel reconveniendo velint, antequam citatio decernatur, de Expensis XXX. L. & amplius taleris pro causarum diversitate caveant. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XIII. §. un.*

Pauperes jur. cavent, * quia raro quisquam pro iis fidejubere vult, quæ res judicia remoraretur, quod ipsius actoris interest ne fiat. *d.N.* 112. *c.*2. Reliqui satisdare debent, hoc est, cavere datis fidejussoribus. Fidejussores autem esse locupletes debent, quod non tantum ex facultatibus, sed etiam ex conveniendi facultate æstimatur. *l.*2. *in pr. D. qui satisd. cog.* Hinc mulier, miles, minor annis 25. omnesque potentes non habentur locupletes fidejussores, licet opulentissimi. *l.* 8. §. 1. *eod. tit.* hæc ad §. 2. *h.*

3. In Actore distinguitur; nam si ipsemet agat, nihil cavendum habet; si dat procuratorem, hunc vel in judicio, vel extra judicium dat. Si in Judicio, nihil etiam cavet; at si extra judicium, & quoties de mandato quicquam potest dubitari, procurator cavet dominum rem ratam habiturum. §. 3. *h.* & *l. un. C. de satisd.* & *l.* 1. *C. de. Procurat.* ** Quod si plane mandatum non habeant, qui pro aliis agere volunt, penitus rejiciuntur, præter conjunctas personas, quæ sub cautione de rato, licet mandato carentes, admittuntur, *** *l.*35. *l.* 40. §. *ult. D. de Procurator.* ut & Procurator omnium bonorum. *l.*5. §. 18. *de. oper. nov. nunciat.*

4. (c) Quando reus dat Procuratorem, si quidem extra judicium, duplex Cautio præstatur; Una judicatum solvi, quæ tres habet clausulas, litis æstimationem solutum iri, dolum malum abesse, absuturum esse. *l.*6. *D. Judicat. solvi.* Altera cautio est Hypothecaria omnium bonorum, qua Reus promittit se tempore ferendæ sententiæ in judicio esse adfuturum. *in fine* §5.*h.* Quod si reus in judicio dederit procuratorem, tum simpliciter satisdat judicatum solvi. §.4. *in pr.* Quod a dominis rerum litiumque postulatur, idem ab syndicis tutoribusque municipiorum, denique & a tutoribus atque curatoribus, & si quæ similes personæ alienarum rerum gubernationem receperunt, exigitur, non utique cum ipsi pro ratione muneris sui agunt vel conveniuntur, sed quando litem quibusdam per alios inferunt, ut est in *fin.* §.3.*h.t.* Etenim & illi dant vel Procuratores, quando scil. per litis contestationem domini litis sunt facti, *l.*11. *C. de Procurat.* aut prius dant actores suo periculo. *l. un. C. de Act. a tut. seu cur. dand.*

5. (d) Qui pro absente causam sine mandato suscipere vult defendendam, is quoque judicatum solvi satisdare debet, §.5.*h.* ubi citatur vetus Regula; quod nemo alienæ causæ idoneus sit defensor absque satisdatione. Quid autem his de rebus in foro observetur, ipsa praxi discendum est. Pleræque sane dictarum cautionum in usu esse desierunt. Ex causa usurpatur tamen cautio de rato & de solvendis litium expensis, quæ est etiam in *Auth. generaliter. C. de Episc. & cler.* imo & judicatum solvi præstatur cautio, si reus sit peregrinus aut de fuga suspectus vel non solvendo. Groenew. *ad*§. 4. *h. t.* sed ab actore in tali casu nihil quam de litium expensis cavetur, nisi reconventio instituatur. Sæpe etiam judicio sistendi causa ab reo caveri debet: sc. omni cautione ante litem contestatam exigenda. Zanger. *de Except. p.* 2. *c.* 21. *in pr.* Gudel. *de jur. noviss. lib.* 4. *c* 5. Est etiam frequens in foro cautio de non offendendo, quam is exigit, qui sibi fuisve rebus haud inani causa metuit, de qua Bartol. in *l.* 6. §. 2. *de off. Præf.* & Bald. *vol.* 3. *consil.* 287. At hæ similesve cautiones, cum litis causa proprie non fiant, hujus loci non sunt. vid. D. Voet *ad* §. 5. *h t.*

(c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 8. 9. & 10.

* Similiter *Ord. Proc. Sax. Tit.* 11. §. *Da aber.* Actorem, qui cautionem pro reconventione & expensis, per fidejussores & pignora præstare nequit, ad jusjurandum admittit, quo asseveret, se eam, quam cautio injuncta continet, quantitatem in bonis non habere, nec credere, quod, omni licet adhibita diligentia, fidejussores aut pignora possit invenire: quo juramento præstito, cautione juratoria cavet de reconventione & expensis. vid. Svendend. *ad Fabig. p.* 410.

** Hæc de rato cautio per fidejussores jure civili expediebatur, §. 3. 1. *h. t. l.* 11. *C. de proc.* jure autem Sax. admittitur cautio sub hypotheca bonorum, aut depositio pecuniæ, non tamen juramentum. conf. *P.* 1. *C. El.* 5.

*** Jure Saxonico Electorali sine mandato expresso, cum cautione rati comparere possunt (1) ascendentes & descendentes, *O. P. S. T.* 7. §. *Wir lassen.* §. *dass ein Vater von seines Sohnes, und der Sohn von seines Vaters wegen.* non tamen personæ feminini sexus, quia procuratoris partes sustinere nequeunt, unde nec mater pro filio, *e. d.* §. *O. P. S.* verb. *Vater.* ibique Zigler. nec filia pro patre admittitur, Diss. Sand. *L.* 1. *tit.* 1. *dec.* 4. Conf. Lauterb. *Diss. de Cautione rati a conjunct. th.* 7. (2) Collaterales usque ad gradum tertium *inclusive*, *d.* §. *O. P.* verb. *sothals die Blutsverwandten bis in dritten Grad inclusive.* quod de gradu tertio computationis civilis accipi debet. Berlich. *P.* 1. *Concl.* 14. *n.* 31. Carpzov. *P.* 1. *C. Elect.* 1. *d.* 29. *n.* 3. (3) in affinitate Socer pro Genero & Gener pro Socero, *d.* §. qui pro locru quoque, & socer pro nuru, non tamen vitricus pro privigno comparere potest. conf. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit.* 1. *n.* 10.

TIT.

TIT. XII.

De Perpetuis & Temporalibus Actionibus.

I. Tres regulæ in h. t. II. Primæ regulæ pars prior exponitur. III. Pars altera. IV. Regulæ secundæ pars prior. V. Pars altera. VI. Regula tertia.

(a) IN hoc tit. traduntur duo juris circa actiones fundamenta. *Primum*, quænam Actiones perpetuæ, quænam sint temporales. *Secundum*, quænam heredibus & in heredes, & quæ non dentur.

2. (b) Quod ad primum attinet, Actiones perpetuæ sunt, quæ durant annos XXX. * quibus elapsis, nulla amplius actio moveri potest, *l.3.C.de Præscr. XXX. vel XL. ann.* præter hypothecariam, quæ contra debitorem ejusve heredem, durat annos XL. *l.1. & 2. C. Si advers. Credit.* denique rebus Ecclesiæ præscribitur etiam quadraginta annis. *Nov.* 111. *N.* 131. Græci XXX. annorum spatium vocant *γενεάν*, *generationem*, ejusque decursu actionum vitam circumscripserunt: nec enim lites expedit esse immortales, ut recte Harmenopulus *l. 1. c. 3. in pr. Αἱ ἀγωγαὶ οὐκ ἀθάνατοι, τοῦτ' ἔστιν, οὐκ ἀεὶ καὶ μέχρι τῆς τοῦ κόσμου συστάσεως κινεῖσθαι δύνανται. Non sunt actiones immortales, hoc est, non possunt ad finem usque mundi moveri.* De hac autem actionum duratione, sunt quædam regulæ, quarum prima est; Actiones rei persecutoriæ sunt perpetuæ, non modo civiles, sed etiam prætoriæ, ut interdictum quorum bonorum, & possessoria hereditatis petitio, quæ tribuuntur heredibus, ut in textu, & de quibus in loco plenius dicetur. Item actio quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso; addita tamen exceptione, *nisi brevius temporis spatium nominatim quibusdam actionibus sit præscriptum*; Excipiuntur actiones quibus rescinditur aliquid jure civili validum, *l. 35. in fin. pr. de O. & A.* ut est actio æstimatoria & redhibitoria, quarum illa pro parte, hac in totum rescinditur Emptio venditio; nam priori sex, alteri duobus mensibus præscribitur. *l. 19. §.6. & l.38. de Ædil. Ed.* Actio de dolo, cui præscribitur biennio. *l. ult. C. de dol. mal.* Restitutio in integrum, quæ finitur quadriennio. *l. ult. C. de temp. in int. rest.* Querela inofficiosi, quæ habet quinquennium sibi præscriptum. *l. 8. §. ult. de inoff. test.* Sunt tamen & aliæ, in quibus illa ratio, de rescissionis odio non habet locum, ut cum actioni in rem, si mobilis sit, triennio, si immobilis, decem aut XX. annis præscribitur, *pr. tit. Inst. de usucap.* & actioni de peculio, post emancipationem anno, ut docet *tit. π. Quando. de pecul. act. ann. est.*

3. (c) Secunda Regula est de pœnalibus, ubi sic distinguitur. Prætoriæ, sive quæ ex Edicto descendunt, sunt annales, ** quia Prætoris officium Romæ duntaxat annuum erat: unde Ciceroni Lex annua appellatur, ut alias dictum, excepta furti manifesti, quæ est perpetua; quoniam Prætor, ait Cæsar *in fin. pr.h.* absurdum putavit eam anno terminari; ratione clara quia furti nec manifesti ex L. XII. Tab. erat perpetua actio; manifesti igitur, quæ gravior erat in eodem genere, non poterat esse temporaria. Sed hic opus est objectionem removeri. Quid enim? Prætoriæ actiones pœnales sunt annales, quia Prætoris officium erat annuum. Hæc ratio convenit etiam actionibus rei persecutoriis, quæ tamen sunt perpetuæ. Responsio est, ita se rem habere; Convenit hæc ratio æque rei persecutoriis actionibus. Sed in his est alia ratio fortior, quæ vincit alteram; scilicet, quod iniquum sit actionibus, quibus persequimur id quod a patrimonio nobis abest, anni spatio finiri. Ubi duæ rationes concurrunt, ibi deterior cedere debet meliori: quemadmodum in præcedenti exemplo actionis furti vidimus, idem evenire Prætoriæ qualitati: Excipitur etiam actio de effusis & dejectis, *l.5.§.5. de his, qui effud. vel dejec.* de servo corrupto, *l. 13. pr. de serv. corrupt.* contra nautas, caupones, stabularios *l.7.§.f.Naut. caup.* & si quæ sint aliæ. Atque hæc natura Prætoriarum actionum durat, etiam post Edictum perpetuum, qua de re Giphan. *ad pr.h.t.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. 4. 5. & 6. (c) *Pos.* 7. & *seqq.* Ci-

* His in Saxonia additur annus Saxonicus, adeoque actiones perpetuæ durant 31. ann. 6. sept. & 3. d. *L. R. l. 1. art.* 29. Carpzov *P. 2. C. 3. def. 3.*

** Atque huic annali præscriptioni, additamentum 6. septimanarum & 3. dierum in Saxonia haud accedit, Carpzov. *P. 4. C. 45 def. 1.* siculi nec actionibus, quæ biennio, (e. g. actio doli) quinquennio, (ut querela inofficiosi testamenti) similive temporali præscriptione tolluntur, vid. Carpzov. *P. 1. C. 2. d. 4.*

Digitized by Google

Civiles, quæ ex lege oriuntur, actiones pœnales sunt perpetuæ, quod videlicet non modo actionibus ex delicto, sed etiam civilibus, quas supra diximus, applicandum, *dd.ll.* præter jam dicta. Denique, criminales accusationes XX. annorum præscriptione tolluntur. * *l.* 12. *C. ad L. Cornel. de. Falf.* Cujac. 4. *obs.* 14. Sand. 5. *Decis.* 9. *def* 2. exceptis tribus, Adulterio, *l.* 29. §. 5. 6. 7. *ad L. Jul. de adult.* Peculatu, *l.* 7. *ad L. Jul. pecul.* & SCto Silaniano, *l.* 13. *de Sc. Silanian.*

4. De anno Prætoriis actionis imposito repetendum heic, quod sæpius dictum, esse vel utilem eum vel continuum. Annus continuus est, qui statim incipit a tempore rei gestæ & in quo cuncti dies naturales tam fasti quam nefasti computantur. Utilis contra, duplici quoque sensu dicitur, nempe quod ei dies, quibus nescivit actor, & dein, quod dies feriati sive nefasti eximantur: est enim utile tempus, quo quis scivit & potuit agere. *l.* 2. *pr. ff. Quis ordo in poss. serv.* Igitur tempus continuum etiam ignoranti cedit, *l.* 8. *de his, qui not. infam.* utile non nisi scienti, *d. l.* 2. *in pr.* denique tempus utile multo longius producitur; oportet enim impleri dies 365. tales, quibus agi possit, non feriatos. Ejusmodi dies sunt iterum duplicis conditionis; Quibusdam enim Prætor adiri poterat, etiam pro tribunali, quibusdam de plano saltem. Dies, quibus in tribunali sedebat, vocabantur dies sessionum, *d. l.* 2. §. 1. iidemque intelligendi in *l.* 5. §. 19. *Ut in possess. legat.* ubi vulgo legitur, possessionum. Hos non semper utiles esse, tradit Cujacius 2. *observ.* 18. scil. in hypothesi, ut puto, mihi & tibi non semper utiles sunt, si rem, de qua experiundum erat, ignoramus: In universum dies sessionum semper & necessario, ni fallor, utiles sint oportet. Ex his apparet, rationem a Justiniano in *pr. h. t.* redditam, quare Prætoriis actionibus anni spatium præscribatur, non ita examussim congruere, ut cum jurisdictione cujusque Prætoris annua, finitæ fuerint actiones; Quippe Prætorem ut plurimum annum utilem in suis Edictis observasse, probatum est *supra ad tit. de injur.* §. *ult.* Nihil igitur amplius pro hac ratione dici potest, quam actiones Prætorias idcirco annales esse, quod Jurisdictio Prætoris olim anno terminabatur; nihil præterea.

5. (d) Altera pars hujus tituli est de Actionibus ad heredes transitoriis, de quo §. 1. *h. t.* qua in re duplex consideratio est; prima, quænam actiones dentur heredibus; Altera, quænam dentur in heredes. Heredibus regulariter omnes dantur actiones, tam pœnales quam rei persecutoriæ, exceptis quæ ob vindictam personalem dantur, ut actio injuriarum §. *ult. supra de injur.* & revocatoria donationis ob ingratitudinem, *l. ult. C. de revoc. donat.* actio, quæ datur adversus eum, qui parentem vel patronum sine venia in jus vocavit, *l.* 24. *de in jus voc.* qui mortuum inferre prohibitus est, *l.* 9. *de Religios.* de calumniatoribus, *l.* 4. *de calumniat.* postremo querela inofficiosi testamenti, *l.* 8. *pr. de inoff. testam.* ut dict. *supra.* Actiones quoque populares negantur heredibus dari, quia non vertitur in illis id quod interest agentium. *l.* 5. §. 5. *de his, qui effud. vel dej.*

5. (e) Adversus heredes dantur omnes rei persecutoriæ actiones, *h.* §. 1. nisi ex delicto sint, cujusmodi aliquæ dantur, ut actio, qua res alienatæ judicii mutandi causa revocantur, *l.* 4. *in fin.* cum *LL. seqq. D. de alien. jud. mut. caus. fact.* actio quæ datur adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *l.* 3. §. *pen. Si mens. fals. mod.* item, quæ datur in tutorem falsum, quo auctore aliquid gestum est, *l.* 9. §. 1. *Quod fals. tut. auct.* rerum amotarum. *l.* 21. §. *pen. de act. Rer. amot.* Ratio cur hæ, licet rei persecutoriæ, in heredes non competant, est, quia ratio delictorum mere personalis est, in quibus heres defunctum non repræsentat. Tu dices; Condictio furtiva datur in heredes, *l.* 9. *D. de condict. furt.* & tamen ex delicto. Imo vero non ex delicto, neque ex furto, quia non est famosa; *l.* 36. *de O. & A.* cum furtum sit delictum inprimis famosum, *l.* 1. *de his, qui not. infam.* proin dicendum, hanc actionem dari occasione furti, & quodammodo pendere de furto *d. l.* 36. non esse ex illo proprie; adde *l.* 10. §. 2. *de Compens.* Hæc igitur ratio nobis probatur; idcirco actiones ex delicto, quæ sunt rei persecutoriæ, non dari adversus heredem, quia maleficiorum hæc est conditio, ut delinquentium personas non egrediantur. Alii sic ajunt; actiones illas rei persecutorias non dari in heredes, quoniam ex parte reorum sunt pœnales, utcumque respectu actorum sint rei per-

(d) *Pos.* 13. & 14. (e) *Pos.* 15. & *seqq.*

* Nec aliter regulariter in Saxonia obtinet, teste Carpzov. *Pr. Crim.* qu. 141. n. 11. *seq.* De exceptionibus videbimus suo loco ad ff.

persecutoriæ. Hanc distinctionem refutavimus *ad tit. de Action. ad pos.* 43. Sed omitti non debet objectio quæ movetur una, forte & altera: Videmus in actione per quem factum erit, quominus quis in judicio sistat, pœnam memorari, *l.* 1. §. 4. *de eo, per quem fact.* quam tamen actionem esse rei persecutoriam, docet *l.* 3. *in pr. eod. tit.* Enimvero pœnam aliquo sensu dici posse, quando quis pecuniam ob aliquod factum, ex quo nihil lucri percepit aut percipere potest, præstare debet, facile concedi potest: uti sane commodatarius etiam, vel depositarius, qui damnum in rebus depositis aut commodatis per culpam dederunt, luitione illius damni pœnam aliquam ferre videntur; neque tamen ideo pœnale genus judicii, opposito sensu ad rei persecutionem, exinde formatur; siquidem actor nihil illis casibus, quam quod sibi abest, consequitur. Denique nec obstat, quod Imperator in *fin.* §. 9. *supra de L. Aquilia* scribit; *ejus L. actionem non transire in heredem, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.* Inde enim aliud nihil conficitur, quam actiones rei persecutorias adversus heredes competere; At hanc rationem satis liquet, ex eo quod plerumque fit, esse petitam: est sane regula, quod actiones rei persecutoriæ transeant; limitatio tamen certissima est, in iis quæ ex maleficio sunt, aliter esse comparatum. Cæterum, ex pœnalibus nulla adversus heredem datur, nisi quatenus ad eos pervenit, §. 1. *h.* ubi & exceptio memoratur, qua, ne ex contractu quidem Actio in heredem datur: scil. cum defunctus dolose in eo versatus est, quæ tamen exceptio restringi debet ad unicum depositi miserabilis casum. *l.* 1. §. 1. & *l.* 7. §. 1. *depos.* Vinn. & Vultej. *h.* Alioqui certum est, Actiones ex contractu, licet dolus intervenerit, dari adversus heredes. *l.* 12. *de oblig. & act. l.* 157. §. *ult. D. de Reg. Juris*. Quod si litis contestatio in pœnalibus sit facta, * nihil est dubii, quin hoc judicium transeat in heredes, §. 1. *h. t. l.* 26. & *l.* 58. *de O. & A. l.* 139. & *l.* 164. *de R. J.* quatenus per litis contestationem fit novatio & quasi contractus initur, *l.* 3. §. 11. *de pecul.* unde fit, ut judicati actio semper in heredem transeat. *l.* 6. §. *ult.* de *Re Judic.* Reliqui litis contestatæ effectus alibi tradentur; duntaxat heic notetur, actionem lite contestata omissam, cis 40. annos posse instaurari. *l. ult. C. de Præsc.* 30. *vel* 40. *annor.*

6. (f) In §. *ult.* est Regula, quod cuncta Judicia sint absolutoria, hoc est, quod reus absolvatur, si ante sententiam Actori satisfecerit; proinde, quod non modo non condemnetur, sed etiam quod sententia lata judex eum absolvere debeat, ut Theoph. recte interpretatur. Nam quod in *l.* 23. *de Judic.* habetur, non posse videri in judicium venisse, quod post judicium acceptum accidisset, id a parte actoris ita, a parte rei nequaquam intelligendum est. Usum id maxime habet in judiciis famosis, ad evitandam ignominiam; imo in nullis non, ad evitandos sumptus majores in causa despetrata. Non est tamen sententia absolutoria ejusmodi, qua judex declarat, Reum plane non teneri, sed eum dimitti atque liberatum esse: sic enim Theoph. ἔξεστι τῷ δικαστῇ πρὸ καταδίκης εὐγνωμονοῦντα τὸν ῥέον ἀφεῖναι τῆς ἀγωγῆς. *Licet judici Reum ante condemnationem resipiscentem ab actione liberare*, cum hoc scil. effectu, ut exceptionem rei judicatæ adipiscatur. *vid. l.* 1. *de re Judic.*

(f) *Pos.* 19.

* Jure Saxonico solam citationem efficere, ut actio injuriarum in heredes detur, existimat Schilter. *ad* 7. *h.* 2. *th.* 6. sed contrarium rectius cum Carpzov. asseritur P. 4. C. 45. d. 6. siquidem citatio præscriptionem quidem interrumpit, sed litis contestatio demum operatur, ut actio ex delicto adversus heredes locum habeat. Unde O. P. S. T. 6. §. 5. in causis injuriarum reconventionem patitur institui, & usque ad litis contestationem in ea procedi, ut lis tam perpetuetur, quam actio heredibus detur & adversus heredes, ceu bene monet Ziegler. *ad d. Tit. verb.* Bis auf die *Litis-Contestation. p.* 46. Usum modernum ex noviori Jure Sax. recensuimus *ad tit. Inst. d. Injur.*

TIT.

TIT. XIII.
De Exceptionibus.
TIT. XIV.
De Replicationibus.

I. Continuatio. II. De nominibus exceptionum. III. Definitio. IV. Exemplum exceptionis quod metus causa. V. Doli & in factum. VI. Non numeratæ pecuniæ. VII. Exceptio pacti. VIII. Jurisjurandi. IX. Exceptio rei judicatæ. X. De effectu exceptionum. XI. Divisio prima. XII. Altera, in peremptorias & dilatorias, & de illis in specie. XIII. Dilatoriæ exponuntur. XIV. De tempore opponendi exceptiones. XV. Exceptio procuratoria. XVI. De replicationibus. XVII. Exceptiones esse reales vel personales.

(a) Satis prolixe de jure Actorum titulis præcedentibus actum est. Jus Reorum, quod in exceptionibus consistit, uno alteroque titulo sat brevibus absolvitur. Non quod minus causa Reorum sit favorabilis; id enim contra sese habet, *l.* 125. *de R.J.* verum, quod actionibus expositis, exceptionum natura satis ultro patere videbatur, ex doctrina correlatorum: saltem hoc capite nonnulla exceptionibus peculiaria & aliquot ad illustrandum exempla proferuntur. Scilicet Actionem petitionemque sequitur responsio rei & sic litis contestatio, nam hæc absolvitur narratione actoris & contradictione rei, *l.* 14. §. 1. *C. de Judic.* sive narratione negotii ab utroque facta, *l. un. C. de litis cont.* narratione & responsione. *l.*2. *in pr. C. de jurejur. propt. cal.* Responsio est vel affirmativa vel negativa, ut communiter tradunt. Sichard. *ad d. t. C. de litis contest. ad pr. n.* 5. & *ad l. un. n.* 2. Illa, cum Reus causam debiti fatetur, nec tamen ad solvendum se teneri contendit; nam si realiter solvat, litis contestatio præciditur, *l.* 73. *de Procurat.* idem est, si constituere velit in judicio se ad breve soluturum, *l.* 105. *de solut.* idque fit *omni die.* Proinde, qui debere se fatetur duntaxat, & χρηστοφύγετα quærit opponendo se, is quoque litem contestatur & damnandus est. *l.* 3. & *l.* 6. §. *f. de Confess.* Sichard. *d. loc.* Qui petitioni se opponit, is vel contendit ipso jure se non teneri, (*) vel æquitatis intuitu non esse damnandum, & hujusmodi posterior responsio vocatur Exceptio. *pr. h. t.* §. 1. & *seqq.*

SCHOLIUM.

(*) *Ambigue hoc dicitur. Nam & ille contendit ipso jure se non teneri, qui negat intentionem actoris simpliciter, & ille, qui opponit exceptionem actionis non competentis. Priorem explicationem hic forte in mente habuit Autor. Nam qui posteriori modo dicit se non teneri, litem non contestatur. per Posit.* 9.

RESPONSIO.

Quænam est illa exceptio actionis non competentis? Mihi non est nota talis exceptio generalis; sed qui dicit actionem non competere, vel respicit nullitatem, vel rationem quandam æquitatis aut dilationis, quæ tunc incidit in aliquod nomen exceptionis peremptoriæ vel dilatoriæ.

N. ADDIT.

Primo integranda omnia. Præcesserat hoc Scholium illud. Quæ hic usque ad n. 13. sequuntur, paululum obscuriora sunt, adde *not. ad Strauch. XXIII.* 16. *p.* 336. moribus nostris, quid requiratur ad litis contestationem, vide *in Ord. Proc. Sax. tit.* 16. *Et quia igitur illos numeros hic omisit Autor in textum collocare, adeoque istam objectionem agnovit, & vero Scholium excerptum respicit ad illa omissa, non habebit Lector intellectum disputationis, nisi textus Autoris ex istis positionibus sic continuetur cum Scholiis meis illi subjunctis. Ita vero continuandum; Positio* (6) *Tam hoc quam priore modo fit contradictio, proinde & litis contestatio utraque via perpetratur.* arg. d.l.14. §.1. & d.l.un. (7) *Si reus, inquam, contendat se propter illud medium æquitatis non esse damnandum, vel saltem adhuc non, hujusmodi exceptio facit litis contestationem,* arg. d. pr. & d. ll. l. 112. de R. J. *nec dissentit Pontifex* (c) in cap. 1. & 2. de lit. contest. in 6. *ubi proponentes exceptionem peremptoriam, debere litem contestari docet.*

(c)

(a) *Pos.* 1. & 2.

Digitized by Google

(c) Imo puto dissentire, & dissensum hunc Pontificis a Jure civili agnoscit etiam Wissenb. *ad tit. C. de litis Contest. p.* 368.

(8) *Unde talis exceptio semper usque ad sententiam opponi potest*, l. 2. C. sent. rescin. non l. 8. C. de Except. *ubi & contestari dicitur & hujusmodi exceptiones promiscue defensiones vocantur*. d. pr. h. d. l. 4. (9) *At exceptiones per quas aliquis non defendit suam causam, sed ait se non teneri ad litigandum cum actore, non faciunt litis contestationem, sed eam excludunt*. l. 13. & l. 14. C. de Procurat. d. cap. 1. de litis cont. in 6. (10) *Scimus hanc rem paulo aliter a veteribus accipi, & subtiliter qui opponit exceptionem, eum litem non contestari, ut docent Tuldenus & Perezius* ad tit. C. de lit. contest. (11) *Sed positiones a nobis collocatæ sunt simpliciores, insuper cum verbis L. L. & mente Doctorum, notissimaque praxi* (d) *conveniunt, ideoque in iis acquiescimus. Diversa explicatio involutior & inutilior est*.

(d) Sed quoad praxin nostram, exceptionum oppositio pro litis contestatione non habetur. *Conf. not. ad Strauch.* XXIII. 16. *p.* 336.

(12) *Hinc etiam in foro & lite instruenda, verbum excipiendi non usurpatur, nisi de mediis, quæ ad judicium vel ad personas judicium constituentes, formamve processus spectant; qui exceptionem causam ferientem opponit, sub verbo excipiendi male procedit; nam litera contestari debet*. d. tit. de litis cont. in 6. C. ult. *Excipit Pontifex in d. c.* 1. *exceptionem rei judicatæ & transactionis. Hactenus textus Autoris. Ex his vero patet, Scholium, prout hic excerptum est, nullum habere intellectum, si omittatur ille contextus: Id enim oppositum a me est illi assertioni, quod Autor dixit in sequente contextu, etiam eum, qui intendit ipso jure se non teneri, litem contestari eo ipso. Ad hoc vero nihil respondetur: Etiamsi enim non sit nota Autori exceptio generalis actionis non competentis, (quæ vero in nostris foris est quotidiana) tamen manet objectio nostra, quod nec per speciales v. g. solutionis, compensationis, præscriptionis &c. fiat litis contestatio*.

2. Nomen exceptionis est ab excipiendo. Nam excipere actionem dicitur Reus in *l.* 22. *de judic. l.* 13. *de Noxal. action.* quando suscipit judicium sive actionem, ut loquitur *l.* 21. *in fin. de Pecul.* Est & alia vocis ἐτυμολογία, ut exceptiones ita dictæ videantur, quod olim a Prætore in formulis, quæ Judicibus pedaneis præscribebantur, per verbum, *nisi*, *extra*, *quam*, & crebro per *si*, quæ sunt excipiendi propriæ, solebant proponi *l.* 2. §. 1. *l.* 4. §. 15. & §. 32. *& sequ. de doli mali & met. except.* unde & hoc patet, quamobrem Paulus in *l.* 22. *de except.* genus exceptionis faciat conditionem. Frequenter etiam Exceptiones vocantur præscriptiones, ut præscriptio doli mali in *l.* 91. *de Solut.* Fori præscriptio, *l.* 7. *Quæ latisd. cog.* φόρου παραγραφὴν vocat Justinianus in *Nov.* 8. ubi *Præscribere* simpliciter pro *Excipere*: nec aliter unquam Græci JCti quam παραγραφὰς vocant exceptiones; quod ab Latinis vocabulum, ut reliquos Artis νομικῆς terminos, habere videbantur; nisi jam veteres Græci ita fuissent locuti. Demosthenes ad Pantænet. Παρεγραψάμην, μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι δίκην. *Præscribebam, litem non posse introduci*; ubi, παρεγραψάμην, *præscribebam*, nihil esse potest aliud, quam *excipiebam*, ut & Budæus in voce παραγράφεσθαι. Nisi hoc malis vertere, *transcribere*. Ratio appellationis tam apud Romanos quam Græcos, optime reddi videtur a Quintiliano, qui *lib.* 3. *Instit. In omnibus fere causis*, inquit, *in quibus cecidisse quis formula dicitur, hæ sunt quæstiones, an cum hoc, an hac Lege, an hoc tempore liceat agere, & si qua sunt talia, sed personæ, tempora, actiones, cæteraque, propter aliquam causam transferuntur*. Lis perperam instituta in aliud tempus, personam, aut genus actionis transferebatur; & hoc est Græce παραγράφεσθαι, *transcribi*. Cicero 2. *Rhetor*. *At cum causa ex eo pendet, quod non is agere videtur, quem oportet, aut non cum eo, quicum oportet, aut non apud quos, quo tempore, qua lege, quo crimine, qua pœna oportet, translativa dicitur constitutio; quia actio translationis & commutationis indigere videtur*. Quæ, effectu considerato, dicitur transcriptio & translatio; hæc quoad modum opponendi *præscriptio* appellatur.

3. (b) Deinceps quid sit exceptio, videndum. Ea nihil est aliud, quam actionis summo jure competentis exclusio, ut vel omnino evitetur, vel imminuatur condemnatio. *l.* 2. *pr.* & *l.* 22. *h. t.* Præsupponit igitur omnis exceptio actionem ipso jure competentem; ut Theophilus optime expressit, cum exceptionem scribit esse, δικαιολογίαν κατ' ἀγωγῆς ἐῤῥωμένης μὲν τῷ νόμῳ, ἄδικον δὲ τῇ φύσει προβαλλομένης ἰσχύν, *defensionem adversus actionem lege quidem subnixam, sed æquitati natural.* con-

(b) *Pos.* 3.

Digitized by Google

contrariam. Fundamentum omnis exceptionis eſt Æquitas, quæ non patiatur ob merita circumſtantiarum, ut jus, ita ut ſcriptum eſt, huic vel illi facto applicetur: idcirco in definitione jus ſummum collocavimus, quod, ſi mordicus urgeatur, eſt iniquum jus. Igitur ſublata ipſo jure actione, allegunda quidem ſubinde ratio, cur reus non teneatur, ſed illa minime eſt exceptio, verum allegatio facti duntaxat, ut ſi ille, qui ſolvit, denuo a Creditore conventus, ſe ſolviſſe reſpondeat: vulgo exceptiones facti vocantur ejuſmodi allegationes, improprie; quanquam & juris auctores exceptionis vocabulum aliquando, & ubi nulla competit actio, uſurpant. *l. pen. de except.*

4. (c) Præcipuum quod in *hoc tit.* agit Juſtinianus, eſt communicatio aliquot verarum exceptionum, quæ celebriores & frequentiores videbantur, ut earum declaratione vis excipiendi melius perciperetur. Prima eſt Exceptio quod metus cauſa, quæ datur ei, qui metu coactus aliquid promiſit; Etenim ipſo jure tenetur, ſed ex edicto Prætoris habet exceptionem quod metus cauſa. *l. 1. & tot. Tit. D quod met. cauſ.* Dicitur quidem eſſe nullius momenti quod metu geſtum eſt, *l. 22. Quod met. cauſ.* ſed hoc eventu inſpecto intelligendum; ſic viciſſim quæ ipſo jure nulla ſunt, aliquando reſcindi dicuntur, ut exemplo patet in *l. 5. §. 2. D. Qui & a quib. manum*. Cæterum, dari quoque actionem Quod metus cauſa, pridem intellectum eſt, poſitis ſcilicet terminis habilibus. Exceptio metus datur, ut omnes reliquæ, ex æquitate naturali; quatenus ratio non vult, ut hi, qui metum fecerunt, exinde lucrum capiant, *l. 116. de R. J.* alioquin obligatio ex promiſſione, licet metu extorta, naſcitur; ſi quidem aliter actio inde non daretur, non opus eſſet exceptione vel reſtitutione in integrum, quam Prætor in *d. l. 1. Quod. met. c.* pollicetur. Imo & jus naturale id ipſum velle videtur; actus enim, qui per vim metumque contrahuntur, fiunt *μετὰ προαιρέσεως*, *cum prævia deliberatione & electione*, ideoque ſunt voluntarii: dicuntur quidem mixti, tam voluntarii quam involuntarii, propter vim adhibitam atque compulſionem, ſine qua is qui coactus agit, non egiſſet: attamen cum is, qui ſe compelli paſſus eſt, in arbitrio habuerit, utrum agere an expectare periculum mallet, apparet hoc, quod eſt actum, magis eſſe voluntarium quam coactum. Ita Ariſtot. *lib. 3. Ethic. c. 1.* *μικταὶ μὲν οὖν αἱ τοιαῦται πράξεις*, inquit, *ἐοίκασι δὲ μᾶλλον ἑκουσίαις, αἱρεταὶ γάρ εἰσι τότε, ὅτε πράττονται.* *Mixtæ quidem ſunt hæ actiones*, inquit, *magis autem voluntariis adſimilantur: Quo enim tempore fiunt, electivæ ſunt*. Unde ſequitur, ejuſmodi obligationes naturaliter valere: ſed eſt etiam in ipſo jure Naturæ quædam æquitatis ſpecies, a jure diſtincta, ſi modo bene explicetur: Jus ſummum Naturæ, propter actum voluntatis obligationi adhibitum, valere dictat id quod actum eſt; Idem ob evidentem æquitatem non patitur obligationem habere effectum. Etenim ille, qui metum incuſſit injuſtum, quia damnum injuria dedit, tenetur ad eum qui obligatus eſt, ſi promiſſo ſtare nolit, a qualicunque vinculo liberandum, ut docet Grotius *lib. 2. de J. B. & P. c. 11. n. 7.* (1) Imo generaliter loquendo jus civile efficacius improbat ea quæ vi illicita fiunt, quam Lex Naturæ; habemus enim conſtitutum, ea quæ cum bonis moribus & cum legibus pugnant, eſſe ipſo jure nulla. *l. 5. C. de LL.* Quare cum Nuptiæ contractus non ſint, (hi reſcinduntur Edicto) dicendum, eas per vim contractas ipſo jure nullas eſſe, non tantum jure canonico, *C. ſignificat. X. de eo qui dux. matrim. c. 14. & 15. de ſponſal.* ſed etiam jure Civili, *l. 14. C. de Nupt. & l. 22. de rit. Nupt.* ubi, *matrimonium inter invitos non contrahitur*: quin & dotis promiſſio metu facta, ut appendix conjugii, non videtur reſcindi, ut reliqui contractus, ſed ipſo jure nulla eſſe. *l. 21. §. 3. Quod met. c.* Teſtamenta ſimiliter per vim facta, celebrata, ipſo jure nihil valent, nec opus eſt reſcindendi remediis. *l. 20. §. fin. Qui teſtam. facere poſſ.* Cætera, quæ ad metum & ad exceptionem, actionemque inde oriundam pertinent, ad *tit. ff. Quod met. c.* videbimus.

5. *Alterum* Exemplum eſt de dolo. Quid ſit dolus in genere diximus *ſupra ad tit. de ſuſp. Tutor. n. 6.* ſed hoc loco dolus nihil eſt aliud quam calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita; ſic enim finitur *in l. 1. §. 2. de dol. mal.* quam definitionem ineptiæ nota liberavi-

(c) *Poſ. 4. 8. & 9.*

(1) *Hæc JCtorum, quos ſecutus eſt Grotius, philoſophia, merito diſplicet Sam. De Puffendorf.* de J. N. & G. lib. 3. c. 6. §. 10. *Qui recte contendit, promiſſum, metu injuſto extortum, jure naturæ eſſe nullum, eo quod extorquens omni accipiendi jure deſtituatur. Et hæc ſententia placuit quoque Viro Clariſſ. Jo. Gottlieb. Heineccio in prælect. ad Grot. de J. B. & P.* lib. 2. cap. 11. §. 7.

beravimus *lib.* 3. *Digress. c. penult.* Igitur qui dolo deceptus semet obligavit, ipso quidem jure tenetur, sed ob eandem æquitatis rationem, quæ supra, juvatur exceptione, ne ad solvendum compelli possit. §. 1. *h. t. l.* 36. *de V. O. l.* 5. *& tot. tit. de doli mali & met. except.* Enimvero, si dolus causam dederit contractui bonæ fidei, hoc est, si fraude quis sit inductus ad contrahendum, qui alioqui contrahere nolebat, tunc ipso jure nulla est actio, *l.* 1. *in pr. D. de dolo malo. l.* 3. *§. ult. pro soc.* alioqui datur exceptio, veluti in contractibus stricti juris semper; etiam in his, qui sunt bonæ fidei, quoties dolus fuit incidens, hoc est, cum is qui animum contrahendi habebat, in hoc est deceptus, ut deterius contraheret. *l.* 7. *& tit. de dol. mal. & tit. de doli mali & met. except.* (2) Ratio autem quare dolus aliquando contractus ipso jure nullos faciat, ex eadem philosophia, quæ supra, petenda est. Nam metus non facit actus invitos, dolus facit: Est enim *invitum* duplex, per vim & per ignorantiam. Per vim invitum est, οὗ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν, *cujus principium est extra agentem, ut nihil is qui agit aut patitur, adjumenti adferat*, velut si alius robustior te, arrepta manu mea, pulset; tale invitum in contractibus non habet usum. Alteram inviti speciem constituit error & ignorantia τῶν καθ' ἕκαστα, ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, *ignorantia singulorum, in quibus & circa quæ negotium vertitur*, ait Arist. *d. lib.* 3. *ad Nicom. c.* 1. In hunc errorem seducuntur, qui dolo decipiuntur, ideoque mirum non est actum ex ea causa redigi ad nullitatem. Reliqua de dolo ad Pandectas explicabuntur. Unum adhuc hujus loci superest; Exceptioni de dolo succenturiatur exceptio in factum: Quid sit actio in factum, diximus ad §. *ult. supr. de L. Aquil.* unde colligi potest, quem usum exceptio in factum habeat: deficiente scilicet ordinaria exceptione, recurritur ad hanc in factum, exigente ita diversitate circumstantiarum. Ita quando dignitas personarum & reverentia, quam debet pars circumventa ei a quo læsa est, tum parci solet doli mali probrosæ mentioni, & in factum exceptio dictatur; quæ decepto eundem præstat effectum indemnitatis. Exempla sunt in *l.* 11. *de dolo malo.*

6. *Tertium* Exemplum traditur hic, Exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ datur ei, qui vel in chirographo scripsit, vel stipulanti promisit, se pecuniam quasi mutuo acceptam restituturum, quam tamen non accepit, §. 2. *h. tit.* de qua plenius dictum in *tit. de liter. oblig.* Hoc tamen indictum, adeo efficaciter hanc exceptionem dari, ut, tametsi juramentum chirographo sit adjectum, nihilo magis hæc exceptio perimitur. *l. ult. C. de non numer. pec.* Quid si renunciaverit debitor huic exceptioni? Dubitatur quid juris sit. Haud abs re est, quod nostris Frisiæ *δικαστηρίοις* placuit, effectum renunciationis hunc esse, ut onus probandi in scribentem atque renunciantem devolvatur. * Sandius *lib.* 3. *tit.* 2. *def.* 1. Denique & hoc notandum, si scriptor chirographi improbe suam manum negaverit†, convictum deinde ad probationem solutionis regredi non posse, verum hac allegatione infusper habita, omnimodo esse condemnandum; imo & duplum exigitur, nisi juramento delato exterritus atque confessus fuerit. *Nov.* 18. *c.* 8. † Quod igitur *in l.* 26. §. *ult. de Jurejur.* habetur, juramentum videri esse novationis speciem; hoc improprie intelligendum est, ratione probationis, non respectu ipsius obligationis; diximus hac de re plenius ad *tit. Quib. mod. toll. oblig. n.* 6. Theophilus rationem reddens, quare pactum non tollat obligationem, ἐριχταν οὖσαν τὴν ἀγωγήν, *cum sit*, inquit, *stricti juris actio*, quasi in bonæ fidei judiciis aliter se res haberet; quod tamen nusquam liquet; Hoc tantum intelleximus ad *d. tit. Quib. mod. toll. oblig.* ipso jure pacto nudo tolli obligationes, quæ solo consensu perficiuntur, dum res adhuc est integra: aliud erat, quod diximus, exceptiones ipso jure inesse bonæ fidei judiciis, qua de re actum *supra ad* §. 30. *de Action.* Stipulationis major est efficacia, ut ipso

(2) *Dicerem, hanc distinctionem doli dantis causam contractui & incidentis in contractum, JCtis nostris incognitam fuisse. Sed locus occurret ad Pandectas titulo proprio.*

* Apud nos juris Civilis dispositio attenditur, adeoque renunciatio exceptionis non numeratæ pecuniæ nihil operatur *a. l. f. C. non num. pec.* Et quamvis Carpzov. *P.* 2. *C.* 32. *d.* 63. *n.* 9. Hartm. Pist. *l.* 4. *qu.* 12. *n.* 6. & Coler. *de Process. Exec. p.* 1. *c.* 10. *n.* 250. *seq.* juratam renunciationem, exceptionem non numeratæ pecuniæ plane excludere existiment, contrarium tamen rectius defenditur cum Schiltero ad *ff. Ex.* 22. §. 23. vid. Menck. *Controv. Jur. Civil. Disp.* 4. *th.* 18. Cæterum quatenus exceptio non numeratæ pecuniæ instrumentis liquidis apud nos opponi queat, monitum est supra.

† Hæc Novella, & quæ inde desumpta est, Authentica *Contra C. de N. N. P.* qua scripturam suam abnegans, vel numerationem inficiatus, deinde convictus, in duplum condemnatur, Jure judiciario novissimo expressim recepta est. *O. P. 6. E. l. & E. Tit. XVI.* §. 3.

Digitized by Google

so jure tollat obligationem verborum, quemadmodum ad *d. tit.* de Acceptilatione intelleximus.

7. *Quartum*: Qui pactus est a Creditore, ne petat, is adhuc manet obligatus, sed habet exceptionem Pacti. §. 3. *h.* Nam pactum nudum, uti non parit, ita nec tollit ipso jure obligationem, * *l.* 27. §. 2. *de Pact.* nisi ex solo consensu oriatur. §. *ult. supra. Quib. mod. toll. oblig.*

8. *Quintum*: Qui juravit, adversario deferente, se non debere, tametsi jurasse sufficiat ut exigi nequeat, tamen ipso jure tenet obligatio prior, quæ exceptione jurisjurandi eliditur. Disputata fuit hæc quæstio fuse ad *tit. de action. ad pos.* 31. quam mutare sententiam religio est, quanquam video a recentioribus fere in alia omnia concedi. Donell. *ad d.* §. 11. *de action.* Vultej *discept. scholast. c.* 7. Bachov. *ad d.* §. 11. *disp. de Action.* 8. *th.* 4. Difficile tamen est aliter docere quam intelligas. Non repetam, quæ dicta sunt pridem, nisi quod est hujus loci; non esse novationem Jusjurandum, quia per exceptionem tollit obligationem, quæ consecutio argumenti ex iis quæ *d. loco & ad tit. Quib. mod. toll. oblig.* collocata sunt, firmatur. Theophilus ad hunc §. 4. ἐχρεώκει τις ἐμοὶ ρ̄ νομίσματα, ἀπῄτουν αὐτὸν τὸ χρέος, ἠρνεῖτο ἐκεῖνος τὸ ἐποφείλειν, ὅρκον αὐτῷ ἐπήγαγον, ὤμοσεν, ὡς οὐδὲν χρεωστεῖ. οὐδὲν ἧττον ἔῤῥωταί μοι ὁ κονδικτίτιος, ὥσπερ γὰρ τὸ πάκτον, οὕτω καὶ ὁ ὅρκος οὐ διαλύει τὴν ἀγωγήν. *Erat qui mihi centum debebat, quæ cum ab eo peterem & ille debitum abnegaret, juramentum ei detuli; negavit se debere; nihilo secus condictio mihi firma manet. Sicut enim pactum, ita jusjurandum actionem non tollit.* Est hæc paraphrasis ejus quod Justinianus ipse ait; *si debitor creditore deferente juraverit se nihil dare oportere, adhuc obligatus manet*; adeoque eadem juramenti, quæ pacti, doli, metus, est ratio, quibus non tolli actionem priorem superius est dictum. Hactenus enim pertendimus, jusjurandum non tollere præcedentem actionem, sed eam adhucdum superesse & institui posse cum mentione jurisjurandi. Cæterum, an actio jurisjurandi non etiam ut nova institui possit, in medio relinquemus; modo id certo constet, actorem nec minus, neque plus, quam priori actione consequi. Vid. *l.* 11. §. 1. & *l. ult. de jurej.* D. Vinn. *ad d.* §. 11. *de action. n.* 2. Eo maxime pertinet, quod non modo exceptio, ut in hoc §. 4. traditur, sed & actio jurisjurandi competit, ubi de in rem actione tractatur, *d. l.* 11. §. 1. nam illic in factum actio contra possessorem dari dicitur, quæ personalis esse videtur; eadem tamen utilis, in Rem scilicet, vocatur §. *ult. d. l.* 11. Unde hoc colligi posse videtur, eum qui juravit, posse vel ipsam in Rem actionem cum nova qualitate jurisjurandi (unde utilis) instituere; vel personalem in factum inhærentem vestigiis, iisdemque præditam qualitatibus, quibus prior in Rem actio, nisi quod adversus eum solum, qui jusjurandum detulit, exerceatur. adde Vinn. *d. loco.*

Placet unum adhuc omissum ad *tit. de action.* addi; deturne exceptio, proinde & actio Jurisjurandi, ex ejusmodi juramento, quod in judicio delatum, sententia dein lata vim rei judicatæ accepit. Est hoc videlicet duplex, aut enim partes sibi invicem hoc deferunt, aut judex ob inopiam probationum id alterutri litigantium defert. Quod attinet ad hoc postremum, inde non dari actionem vel exceptionem jurisjurandi, sed rei tantum judicatæ, satis indicat Justinianus in §. 11. *supra de action.* ubi de jurejurando, quod postulante adversario præstitum est, diserte loquitur, idque & Vinnius Donello concedit *ad d.* §. 11. *n.* 3. sed ex altera specie, quando pars parti detulit juramentum, etsi mox sententia secuta sit, dari censet eandem in factum actionem & exceptionem, quæ est ordinaria jurisjurandi. Sed res docet exigui vel nullius id esse usus, siquidem actio & exceptio rei judicatæ, quæ tum sine dubio competit, *l.* 34. §. *ult. de Jurejur.* hanc de jurejurando plane reddit superfluam; neque textuum a Vinnio adductorum vel unus probat, eo casu hanc exerceri. Unde relinquitur, usum hujus exceptionis actionisque esse, quando vel extra Judicium & ante litem contestatam ex conventione partium juratur, aut etiam in Judicio, verum non secuta sententia, si is, qui juravit, hanc ut sibi non necessariam urgere supersederit: enimvero etiam in judicio præstitum facere locum actioni & exceptioni Prætoriæ, satis probant *l.* 3. *pr.* & §. 1. *l.* 9. §. *ult.* & *l.* 30. §. 3. *de jurejur.* Si quid tamen in exceptione Jurisjur. sit præcipui, forte ne hæc ipsa quidem rejicienda erit, *arg. l.* 25. *de dol.*

Necdum dimitti potest *hic* §. 4. Ait Justinianus

* Jure nostro, imo communi fere Germanorum, ubi pacto constitui potest obligatio, cum condictio ex moribus inde nascatur, Struv. S. J. C. Ex. 6. th. 32. ita etiam qualibet obligatio pacto nudo dissolvi potest, Strych de Caut. Contr. Sect. 4. cap. 3. §. 2.

nus, *si debitor creditore deferente juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de perjurio queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi*. Quid hoc autem verbi videtur? *iniquum est de perjurio queri*. Imo iniquum est non admittere de perjurio querelam. Jus & æquitas flagitat, ut is, cujus perjurium approbari potest, non modo repellatur ab iniqua petitione, sed etiam puniatur. Respondendum, conventionale jusjurandum, quod pars parti defert, habere se instar transactionis & conditionis; hoc sensu, quod is qui detulit adversario jurandi arbitrium, inde litem suspendisse videatur; ut si juraverit, ipse vincat, alioquin ego superior evadam *l.* 2. & *l.* 25. *de jurejur.* Inprimis idem probatur ex *l.*21. *de dol. mal.* Quod *si deferente me juraveris & absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jusjurandum transactum videri.* Cæterum, ne quis contemptu religionis id fieri putet, additur in *l.* 22. *sufficere perjurii pœnam*; quæ cujusmodi sit, alibi quærendum est: Theophilus tamen commodius pro his verbis, *iniquum erat de perjurio queri*, substituit, *ἄτοπόν ἐςι κινοῦντα ἐλέγχειν αὐτοῦ τὴν ἐπιορκίαν. Absurdum, vel abs re est, perjurii illum arguere*. Generalius enim est τὸ ἄτοπον.

9. (d) Denique nec is qui sententia Judicis absolvitur, ab obligatione liber est, nusquam enim obligatio per sententiam finiri dicitur, sed exceptione Rei judicatæ tueri se debet; quæ ut opponi possit, requiritur, ut eadem res inter easdem personas ex eadem causa agitetur, *l.*2. & *l.*12. cum *seqq. D. de Except. Rei Judicatæ*. Quod dixi de obligatione, cum Justiniano in §.5. *h.* de actionibus in personam accipiendum; tametsi exceptio rei judicatæ in actionibus in rem æque obtineat. Ideo prudenter Theoph. verba, *obligatio durat*, reddit, *αἱ ἀγωγαὶ μένουσι, actiones durant*. Cæterum, est casus, quo ipso jure per sententiam tollitur actio, in *l.*20. §. 1. *de dol. mal.* Cujac. 22. *observ.* 15. Wissenb. *disp. Inst.* 50. *th.* 11. Reliqua ad hanc exceptionem actionemque Rei judicatæ videbimus ad Pandectas.

10. Quod ad reliqua attinet exempla, remittit nos Imperator ad Pandectas. §. 6. *h.* In universum de exceptionibus tenendum, quod ad effectum attinet, parum interesse, utrum actio sit ipso jure nulla, an per exceptionem elidatur; quod ad definitionem exceptionis intelligendam pertinet, ut ait *l.*112. *de R. J.* idque tum maxime elucet, quando Prætor inde ab initio perspectum habet exceptionem peremptoriam vere competere; tunc enim litis ingressum statim præcidit, actionemque denegat: ita ut exceptioni tum demum sit locus, quando controversia est, sive quando ambigitur, an factum exceptionis, ut reus ait, ita sese habeat; quemadmodum de jurejurando scriptum in *l.* 9. *pr. de Jurejur.* Cum enim Prætor exceptiones ita solitus sit inserere formulis; *si juratum est, si in ea re dolo malo quid factum est*, *l.*2. §.1. *de dol. mali & met. except.* absurdum fuisset ejusmodi conditionibus intricare judicia, ubi palam constaret, esse indubitatas. Proinde, si hoc sensu Dd. quatuor exceptiones volunt esse litis finitæ, jurisjurandi, Transactionis, Rei Judicatæ & Præscriptionis; faciendum est, ut earum augeamus numerum, totidemque ejus generis faciamus, quot sunt exceptiones peremptoriæ, ut quidem videtur. *

11. (e) Divisio prima est, in Civiles & Prætorias. §.7. Sunt autem prætoriæ omnes supra expositæ, præter exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ oritur ex Constitutionibus. *tit. C. de non num. pec.* Civiles autem sunt exceptio SCti Vellej. Macedoniani, præscriptionum legalium &c.

12. (f) Secunda Divisio Exceptionum est in peremptorias & dilatorias. §. 8. Peremptoriæ sunt, quæ causam perimunt & semper agentibus obstant, veluti omnes antea enumeratæ. Peremptoriæ omnes sunt perpetuæ, scil. ubi semel in Judicio fuerint oppositæ; tunc enim semper prosunt. Etiam alio sensu sunt perpetuæ, scilicet quod semper opponi queant, tametsi actiones, quibus exceptiones illæ respondent, sint temporales; Ratio non est obscura; etenim actor semper habet in potestate quando litem inferre velit, non æque reus quo tempore conveniri velit. *l.*5. §. *ult. de doli mali & met. except.* Tamen secundum hunc sensum ex-

(d) *Pos.* 11. (e) *Pos.* 4. 5. (f) *Pos.* 6.

* Apud nos quoque omnis exceptio peremtoria litis ingressum impediens dici potest, si in continenti ex actis, documentis guarentigiatis, aut adversarii confessione, de earum veritate constet, *O. P. S. t.*11. §. *Es waren denn dergleichen* Exceptiones. Unde exceptionum compensationis, solutionis, pacti de non petendo, non competentis actionis &c. eadem, ac exceptionum jurisjurandi, transactionis, rei judicatæ, & præscriptionis, erit in praxi virtus. Menck. *Diss. ad Proc.* 7. *tit. XI.* §. 15.

excipitur non numeratæ pecuniæ exceptio, quæ cis biennium duntaxat opponi potest, alioquin & hanc esse peremptoriam, nec non priore sensu perpetuam, res & effectus exceptionis oppositæ evidenter declarant. §. 9. *h.*

13. (g) Dilatoriæ sive temporales sunt, quæ differunt actionem & solummodo ad tempus obstant. Hæ rursus dividuntur, quod vel causam spectant, vel Judicium, vel personas Judicium constituentes. *Causam*, ut est Exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, exceptio excussionis sive ordinis, quæ datur fidejussori; quanquam & illa peremptoria est, si debitor principalis solvendo sit, unde anomalam aliqui dicunt; simpliciter dilatoriam vocant Fachin. *l.* 8. *controv. c.* 52. A. Fab. *Cod. h. t. defin.* 1. peremptoriam simpliciter, Fulden. ad *h. t. c.*6. Vinn. *ad* §. 10. *h. n.* 2. Item exceptio moratoria, quam princeps debitoribus aliquando indulget. *l.* 2. *& l.* 4. *C. de prec. Imp. off.* Ad *Judicium* spectant exceptio fori declinatoria, loci non tuti, *cap.* 47. *X. de appellat.* feriarum, termini nimis augusti, *t. t. D. & C. de fer. Auth. offeratur. C. de lit. contest.* litis pendentis. *c.* 19. *X de form. comp.* Treutl. *disp. de Except. th.* 2 *& seqq.* Ad *Personas*, ut Exceptio quod quis non habet legitimam personam standi in judicio, Procuratoris falsi, Judicis suspecti, & similium. §. 11. *h.*

14. (h) Opponi autem possunt exceptiones peremptoriæ tam ante, quam post litem contestatam, * modo ante sententiam, *l.* 2. *C. sent. rescind. non posse. l.* 4. *C. de Except. l.* 9. *C. de præscr. long. temp. l.* 10. §. 1. *C. de fidejussor.* ut tamen in stricti juris judiciis necesse sit, eas inde ab initio contestari *l.* 8. *&* 9. *C. h. t. d. l.* 9. *C. de Præscr. l.* 1. quod in bonæ fidei actionibus necessarium non est. *d. l.* 2. *C. sent. resc. non posse. d. l.* 4. *C. de Except. d. l.* 10. §. 1. *C. de fidejuss.* Ratio, quia b. f. judiciis insunt ipso jure exceptiones. *l.* 3. *de Rescind. vend. l.* 31. *& l. ult. de hered. petit.* Donel. 24. *comment. c.* 2. Imo nec quidem in strictis contestatio erat necessaria, ejusmodi exceptionum, quæ nihil facti, sed merum jus continebant, qualis est exceptio divisionis aut excussionis, quæ dantur fidejussoribus; utpote, cum generali legis mentione satis per se contestatæ videantur. A. Faber *tit. C. d. Except. defin.* 1. *n.* 3. Denique, proditæ sunt exceptiones duæ, quæ post latam quoque sententiam recte opponuntur, suntque Macedoniani & Vellej. Scti, *l.* 11. *ad Sc. Maced.* quod & de exceptionibus facti, quæ dicuntur, intelligendum per *l.* 4. §. 6. *&* 7. *de Re judic.* Idem de exceptione, quod quis non teneatur ultra quam facere possit, adfirmatur in *l.* 41. §. *ult. de Re Jud.* Porro dilatorias non nisi ante contestationem opponere licet, ** etsi postea probari sufficiat, *l.* 19. *C. de probat. l.* 9. *C. h. t.* quod de dilatoriis ad causam spectantibus accipiendum videtur: Nam quæ ad judicium vel ad personas judicium constituentes pertinent, eas verius est, non modo proponendas, sed etiam probandas esse, cum alioqui judicium occupare & antevertere nequeant; Ita de Procuratoriis scriptum est in *l.* 13. *& l.* 24. *C. de Procuratoribus* *** Ferme eadem ratio dictat, exceptiones peremptorias, quæ dicuntur litis finitæ, quia litis ingressum impediunt, ante litem contestatam esse opponendas & in continenti probandas, cum alioqui nullo modo esse queant, quod dicuntur. De his usu fori sic est receptum, exceptiones fori peremptorias atque dilatorias, causam spectantes, etiam

(g) *Pos.* 12. 13. 14. 15. (h) *Pos.* 18.

* *Ordin. Processus Saxon. Tit.* 11. §. *Was aber.* iubet eas omnes Litis Contestationi annectere, unde si ante litis contestationem oppositæ fuerint, reiiciuntur post litem contestatam, nisi sint in continenti liquidæ, Carpzov. P. 1. *C. El.* 3. *def.* 14 &c, si Litis contestationi additæ non fuerint, amissæ censentur, *d. Tit.* §. *es soll aber.* postea ergo nullæ amplius admittuntur, ita ut ne omissæ quidem in prima instantia, in Appellationis instantia objici possint, Carpzov. P. 1. *C.* 21. *def.* 6. nisi post factam demum L. C. aut enasserint, aut ad notitiam rei pervenerint, quo nomine excipiendi jusiurandum injungit *O. P. S. d. T.* §. *es soll.* Svendend. *ad Fibig. p.* 401. Sed & in continenti ex instrumentis, actis, aut alterius partis confessione, liquidas exceptiones peremptorias, in ipsa Executione oppositas, haud negligi, apparet ex *O. P. S. t.* 39. §. *Wann. aber.* add. *Dec. El.* 2. ibique Philipp. *Obs.* 1. P. 2. *C. El.* 3. Illiquidæ vero exceptiones, executioni intra terminum executivum oppositæ, eam non remorantur, sed in reconventionem rejiciuntur. *O. P. S. t.* 32. 9. 3. Berlich. P. 1. *Concl.* 34. *n.* 56. Nec executionem retardabit reus, licet exceptionem talem, quam sciat illiquidam esse, præveniendo per modum actionis proposuerit. Carpzov. *Dec.* 52. Berl. 270. *n.* 19.

** Inprimis nostro Jure, ubi in primo statim termino omnes simul præcise allegandæ sunt, *P.* 1. *C. El* 3. ita quidem ut exceptio fori declinatoria primo urgeatur loco, ne alias reus in judicium consensisse videatur, Menck. *ad Ord. Proc. tit.* 22. §. 3. Præterea exceptionibus dilatoriis annectenda est eventualis litis contestatio, qua omissa reus in expensas condemnatur, *O. P. S. t.* 11. §. 1. Cæterum, hæ exceptiones & ante litem contestatam regulariter probandæ, *O. P. S. Tit.* 11. §. 1. nisi earum indoles aliud ferat, e. g. except. non gvar. satisdat. pro reconvent.

*** Exceptiones, quæ Procuratoribus objiciuntur, e. g. inhabilitatis, illegitimationis, apud nos quoque in quavis judicii parte admittuntur; maxime vero illegitimationis exceptio, cum judicium retro nullum reddat. Nicol. ad *Pr. P.* 2. *c.* 26. *n.* 2. Hinc etiam post rem judicatam opponi potest. Berger. *El. Discept. Suppl. T. II. p.* 267. Wernher. *Obs. P. VI. p.* 610. *& P. V. p.* 35. Non tamen suspendit fatale, Rivin. *Enunc. Jur. ad O. P. S. tit. XI. En.* 30.

Digitized by Google

etiam non contestatas, usque ad sententiam recte opponi. Mynsing. 1. *obs.* 24. Gail. 1. *obs.* 74 *n.* 13. Wesenb. *par. h. t. n.* 7. Gudelin. 4. *de jur. noviss. c.* 7. Perez. *ad d. tit. C. de Except. n.* 9. Præterea frequentibus populorum statutis cautum est, ut qui plures habet exceptiones, eas omnes simul & semel proponat, prinsquam litem contestetur. Damhoud. *prax. civil. c.* 139. Mynsing. 5. *obs.* 86. 90. Gudel. 5. *de jure noviss. c.* 6. 7. 8. Stat. Fris. *libr.* 13. *artic.* 3. ubi tantum tres excipiuntur, exceptio litis pendentis, rei judicatæ & fori declinatoria. Inter exceptiones, quæ personis objiciuntur, sunt Procuratoriæ, veluti, quod minor sit annis 17. §. 7. *Inst. Quib. ex caus. manumitt. non lic.* quod miles sit, §. *ult. h. l.* 7. *C. de procur.* quod mulier, extra certas causas, *l.* 41. *de Procurat.* & si quæ præterea sunt prohibitiones Procuratoriæ.

15. In §. *ult.* traditur adversus procuratorem non posse opponi exceptionem quod infamis sit: unde tamen non sequitur, infames ad officium Procuratoris admittendos, sed tantum quod Judicium prætextu infamiæ illorum non sit remorandum. Plane hanc esse mentem Justiniani, patet ex *fine d. §. ult. ne dum*, inquit, *de his altercatur, negotii disceptatio proteletur.* Ἄτοπον, ait Theophilus, *περὶ προσώπων ποιότητα φιλονεικοῦντας, τὴν τοῦ πράγματος ἐπεκτείνειν ζήτησιν. Abs re est*, inquit, *de personarum qualitate litigare & ipsius causæ disputationem producere.* Hactenus igitur infames admittuntur, si occasione illius disputationis causa principalis aliquam reciperet moram: Proinde, si palam sit, esse Procuratorem, qui pro alio ad litigandum procedit infamem, is ab Judice non admittetur, *l.* 1. §. 5. *de Postul.* quod utique de hodierna praxi dicendum, qua Procuratoris munus solet haberi publicum.

DE REPLICATIONIBUS.

16. (i) Replicatio est Actoris responsio, qua rei exceptionem refutat, quod exemplo pacti declaratur *in pr.* Pactus es, ne peterem, datur tibi exceptio pacti. Rursum, pactus sum ut peterem, prius pactum non tollitur, sed nihilominus parit exceptionem; posterius iterum parit exceptionem, sive replicationem, qua prius pactum eliditur; & hoc est quod dicitur, pacta esse facti, non juris. *l.* 27. §. 2. *de pact.* hoc sensu Replicatio est exceptionis quasi exceptio. *l.* 22. §. 1. *de Except.* * Sed Exceptio exceptionis, qua quis contendat se non cogi ad exceptionem adversarii respondere, non habet rationem, nec ullum in Jure, quod sciam, datur exemplum. Exceptio est actionis exclusio, non exceptionis. Est hoc inventum, ut puto, causidicorum mali moris & rixosum. Replicationem actoris sequitur duplicatio rei, hanc triplicatio actoris, postrema fere quadruplicatio est; nam quintuplicatio & sextuplicatio sunt rarioris usus. §. 3. *h. l.* 2. §. 3. *de Except.* Quid est autem, quod Reus triplicare dicitur *in l.* 7. §. 1. *de Curat. fur.* cum id actoris esse partium liqueat e §. 2. *h. t.* Intelligitur in *d. l.* 7. §. 1. duplicatio, quæ appellatur triplicatio, quoniam est tertia, quæ in judicio fit, refutatio; nam 1. est exceptio, 2. replicatio, 3. duplicatio. Non male consulunt civitates, quæ vetant ultra duplicationem procedi, omniaque facta jubent in libello & responsione comprehendi: quod & juris ratio imperat; cum per eas litis contestatio fiat, quæ totum causæ statum judici repræsentare debet. Tuldēn. & Perez. *ad. d. tit. C. de lit. contest.* **

17. In §. *ult.* traditur alia exceptionum divisio, *quod vel reales vel personales sint.* Reales, quæ rem feriunt & prosunt etiam heredibus ac fidejussoribus, ut sunt omnes peremptoriæ & dilatoriæ causam spectantes: Personales, quæ in gratiam certæ personæ competunt, nec ulterius extenduntur, ut est exceptio pacti de non petendo a certa persona, &c. adde Vinn. *ad h. §.* quod quis non teneatur ultra quam facere possit; item exceptio moratoria quam Princeps quandoque debitoribus indulget. *l.* 2. *& l.* 4. *C. de Precib. Imper. off.*

TIT.

(i) *Pos.* 1. *& seqq. sub. tit. de Replicat.*

* Usus nostri fori quoque replicantibus passim jura reorum indulget. Ita Actori Replicanti reus tenetur instrumenta edere; Hart. Pistor. *Obs.* 118. *n.* 24. Brunn. *ad l.* 1. *ff. de edend. n.* 9. & replicans super Replica, post Gvarandam præstitam, adhuc reo iusiurandum deferre potest, Berger *Diss. Quousque in Sax. Elect. liceat deferre jusjurand. th.* 3. vid. ejusd. *Elect. Proc. Execut. possess. p.* 3[illegible]3.

** *Const.* 1. *Elect.* P. 1. ante litis contestationem non patitur partes ultra quadruplicam procedere, permissa ergo sunt actori & reo singulis tres positiones, *drey Wechsel Satze von Mund aus in die Feder* vid. Carpzov. *ad d. C. def.* 9. Post litem contestatam, si super puncto incidente proceditur, duæ tantum singulis partibus positiones conceduntur, *P.* 1. *C.* 9. Conf. *P.* 1. *C. El.* 18. *O. P. S. tit.* 19. §. 2. *Wern. obss.* Atque hoc in disputatione attestationum observari solet, ita ut ultra triplicam quadruplica prorsus non admittatur, & vel ab actis rejiciatur, vel in judicando non attendatur. Nec aliud obtinet, licet triplica novi quid contineat, cum, quæ in ea noviter adjecta sunt, negligantur Martin. *ad Ord. Proc. t.* 29. §. 2. *n.* 60.

Digitized by Google

TIT. XV.

De Interdictis.

I. Continuatio & definitio interdictorum. II. An Possessio sit jus in re. III. Divisio interdictorum prima. IV. Altera. V. De interdicto quorum bonorum. VI. De Salviano interdicto. VII. Interdicta adquirendæ possessionis non oriri ex jure in re. VIII. De interdictis retinendæ possessionis. IX. Non posse appellari in hisce. X. Interdicta retinendæ possessionis non esse in rem actiones. XI. De adquir. retin. & amitt. possessione. XII. Interdicta recuperandæ possessionis. XIII. Ultima interdictorum divisio.

(a) POst actiones & exceptiones agitur de Interdictis, quæ olim erant formulæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor in causa veræ vel quasi possessionis aliquid fieri jubebat aut prohibebat. *pr. h.t.* Fuisse interdicta formulas atque conceptiones verborum, patet ex singulis fere titulis quæ in *lib.* 43. de Interdictis occurrunt. Etenim Prætor ad postulationem ejus, qui circa possessionem se ab alio lædi querebatur, adversarium ad se vocabat, causa obiter cognita, certam verborum formulam concipiebat, jubens aliquid aut vetans fieri: quod si adversarius interdicto non paruisset, tum, si res dubio carebat, decretum suum exequebatur, aut si plus scrupuli apparebat, actionem atque Judicium ex causa interdicti dabat. *l.* 1. §. 2. *Si ventr. nom. mul. l.* 3. *pr. Ne vis fiat ei, qui in poss.* & tunc quoque, sicut in aliis causis, judex pedaneus dabatur, *l.* 21. *Quod vi aut clam.* ut etiam ex Cicer. *pro Cæcin. in fin. narr.* apparet. Theophilus nescio quid velit, cum interdictum ait esse *ὁμιλίαν πραίτωρος περὶ νομῆς ἢ οἱονεὶ νομῆς, οὐ τέμνουσαν τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ῥυθμίζουσαν τὸν δικαστήν, ὥσπερ χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως*. *Enunciatum Prætoris de possessione vera vel quasi, non decidens controversiam, sed judicem quo pacto judicandum sit instruens.* Hoc rectius de formulis actionum ordinariis quam de Interdictis ita affirmaveris. Cæterum, vera possessio est rerum corporalium, quasi possessio rerum incorporalium, ut servitutum & rerum quæ divini juris sunt. *l.* 18. §. 1. *de hered. petit. l.* 23. §. 2. *Ex quib. cauf. maj. l.* 1. *Ne quid in loco sacro.* Sunt igitur Interdicta de possessione, ut tamen taxativa particula *maxime* addatur a Justiniano in *pr. h.* quod explicatur a Theophilo; *ἐπειδή ἐστιν, ὅτε καὶ νομῆς οὐκ ὑπόκειται λόγος, καὶ ἰντέρδικτον ἁρμόζει. Quoniam fieri potest ut possessionis quoque causa non subsit & tamen interdictum accommodet* Prætor. Hæc tame verba sic accipienda sunt, ut possessio non sola subsit; dari enim interdicta, quæ nihil de possessione, verum solummodo sint de proprietate, mihi non constat: Est sane Interdictum de itinere actuque privato, de aqua cottidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, quæ proprietatis causam continent, *l.* 2. §. 2. *de Interd. l.* 3. §. 11. cum §§. *seqq. de itin. actuque priv. l.* 1. §. *ult. de Aq. cottid. & æst.* sed non alio sensu quam per consequentiam proprietatis veræ vel quasi, quam habent conjunctam; quatenus in istis interdictis vincit ille qui jus, de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit. *d. l.* 3. *& d. l.* 1. §. *ult.* vid. Vinn. *ad h. pr. n.* 2. Hodie Interdicta sunt Actiones Extraordinariæ, quibus in causa veræ vel quasi possessionis inter partes disceptatur. §. *ult. h. t. Rubr. D. de interdictis sive extraordinariis actionibus quæ pro his competunt.* Dicuntur Actiones Extraordinariæ, quia non servatur in iis ordo solennis Judiciorum, † sed brevis cognitio & semiplena probatio adhibetur. *l.* 8. *C. Unde vi. l. un. C. si de moment. possess. l.* 3. *C. de Interd. l.* 13. *C. de Rei vind. l. ult. C. Quor. bonor.* Atque hæc est perpetua & generalis differentia inter Judicia petitoria, quibus de proprietate & ju-

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4.

†. Quod ad Possessorium Summariissimum attinet, noviter est constitutum, ut citationes statim sub pœna confessi & convicti decernantur; rotuli non nisi judiciales, coram quocumque tamen judice confecti, admittantur; jusjurandi delatio & interrogatio cessent; reo æque liceat porrigere rotulos judiciales Redemonstrationis causa; si hoc neglexerit, per interlocutoriam, ut offerat, ne injungatur, sed statim definitive pronuncietur; &, qui unum pluresve quietæ possessionis actus, &, quod ad Jurium & Servitutum possessionem attinet, in servitutibus equidem continuis possessionem saltim annuam, in discontinuis præter hanc tres actus rite exercitos pro se deduxerit, in possessione sua defendatur, nulla

Digitized by Google

& jure pleno quæritur, ac possessoria; Quod in petitorio plena & accurata causæ cognitio adhibetur, secus ac in possessorio. *dd. ll.* * Ratio hujus differentiæ, quia cum homines de facto rei detinendæ certant, quod fit in possessoriis, sæpe manibus non temperant: imo ait Theophil. συμβαίνει πολλάκις καὶ φόνους πλημμελεῖσθαι καὶ τραύματα ἐπάγεσθαι, καὶ πληγὰς ἐπιφέρεσθαι, *sæpe cædes, vulnera & verbera infliguntur*. Ideoque celeriter ejusmodi certamina decidi oportet. Alio tamen sensu extraordinariæ dicuntur actiones, in §. *ult. h. t.* quippe illic eodem sensu vocantur extraordinariæ, quo cunctæ actiones. Scilicet ordinariæ erant, in quibus Judex pedaneus a Prætore dabatur; extraordinariæ, ubi Magistratus ipsi cognoscebant & sententiam ferebant. *tit. de extraord. cognit.* ut sæpe alias dictum atque dicendum est: Accurate igitur loquendo, non sunt introductæ hoc sensu actiones extraordinariæ, quia nunc omnes ejusmodi sunt, nullæque amplius, more veteri, ordinariæ. Habent tamen hodieque Interdicta quædam ab aliis actionibus diversa. Nam hæ sunt vel civiles vel Prætoriæ, interdicta juris Prætorii tantum. Actiones de privatis tantum negotiis, Interdicta etiam in publicis interponuntur. Illæ super omnibus rebus, quæ sunt in patrimonio, hæc super possessione. Actiones dantur ut res perpetuo sint penes nos; Interdictis id tantum agitur, ut rei detentio maneat, nec aliter quam per Judicem mutetur. Actiones sunt vel in Rem vel in personam; Interdicta omnia sunt in personam actiones, licet in Rem conceptæ. *l. 1. §. 3. de Interdict.*

2. Hic præteriri non potest illa nobilis controversia, sitne possessio jus in Re, quemadmodum vulgo appellatur, quod rem ipsam, ubicumque sit, afficiat, an vero Jus ad Rem? Sunt, qui desperantes evincere, quod possessio sit Jus in Re, volunt jus possessionis tale esse habendum. Quid sit possessio, diximus ad *tit. de Usucapion.* Jus possessionis quid sibi velit animadvertamus. Capiunt viri docti, possessionem haberi pro facto detinendi, jus possessionis inde multo esse diversum. Sed in capite Pandectarum de adquirenda possessione, nihil aliud quam facultatem detinendi rem, & non factum detinendi nudum intelligi, opinatus sum, atque ita vetusti Dd. & secutus hosce Bachovius ad *Treutl. disp. de adquir. poss. th. 1.* opinabantur, quando possessionem definierunt, *jus rei corporali insistendi*, nec diverso sensu JCti per plerosque tituli allegati textus. Sed nec intercedimus, quin tu jus possessionis dicas, sic tamen, ut nihil ea vox diversitatis, hujus controversiæ definitioni illatura sit. Jus dominii, jus servitutis, jus ususfructus, dici atque intelligi potest, cum aliqua distinctione a dominio, servitute, ususfructu. Sed cum domino & usufructuario jus dominii & jus ususfructus tribuimus; nihil novi, nihil quod non dominium & ipse ususfructus indicabat, illis adscribimus. Perinde, qui jus possessionis interpretatur, nihil novi, quod non ipsa possessio continebat, proferre potest. Docet hoc Grotius, qui in artem suam discrimen possessionis & juris possidendi intulit *lib. 2. Jurisp. Holl. cap. 2. in pr. Jus possidendi est, quod ex possessione sequitur*, inquit, & quale tandem? Explicat se in §. 8. *Jus inde oriundum est*, ait, *quod quisque rem a se possessam detinere & sibi eripere volenti resistere possit.* Item, *quod in possessione maneat donec alius rem jure evincat*. Qui habet possessionem, is hoc jure gaudet; qui possessionem non habet, is neque commodo possessionis fruitur; adeoque satis puto constare, quod is qui possessionem amisit, nullum jus possessionis habeat, neque se commodo possessionis tueri queat: habet quidem jus ad recuperandam possessionem; sed recuperare satagit, ut jure possessionis iterum gaudeat. Plane extra controversiam habetur; Jus possessionis cum ipsa possessione nasci & ex-

leuteratione aut appellatione, licet super damnis & sumptibus simul fuerit pronunciatum, aut utraque pars ad ejusmodi remedium confugerit, admittenda. Judex tamen a quo, ex officio judicem ad quem de interposita appellatione instruet, illis etiam personis, quæ beneficio restitutionis in integrum gaudent, loco illius, una leuteratione aut appellatione uti licebit. *Appendix Ordinationis Illustratæ & Emendatæ* §. 19. Sciat autem in possessorio summariissimo detensus, si in possessorio ordinario, aut petitorio causa forte cadet, se pro malæ fidei possessore habendum esse, fructusque omnes perceptos & percipiendos, damnaque & sumptus cum aliis, cum ob possessorium summariissimum factos, a se esse restituendos. *d. App.* §. 10.

* Usus fori nostri sequitur Jus Canonicum, ac in possessorio ordinario, quo de antiquiore & justiore possessione agitur, processum solennem ordinarium retinet, *c. c. 9. X. de probat. c. 5. X. de caus. poss. & propr.* Carpzov. *l. 1. Resp.* 9. *num.* 10. *j.* Dn. Authorem *infr. h. tit. pos.* 11. *in f.* in possessorio autem, quo de præsenti & momentanea possessione quæritur, quod summariissimum seu summarium vocant, summariam causæ cognitionem tantum requirit, vid. *Res. Grav. d. Anno* 1653. *gr.* 34. §. *Setzen. Dec. El.* 1. Carpzov. *Proc. t.* 2. *art.* 1. *n.* 43. *seq.* conf. tamen Berger. *Elect. process. possess.* ubi negat dari judicium possessorium, quod ratione Processus sit ordinarium *th.* 1. & omnes causas possessorias summario Processu tractandas esse contendat, *add.* Schult. *ad ff. Exerc.* 13. *th.* 10.

Digitized by Google

& extingui. Ideoque argumenta, quibus alias probavimus, possessionem non esse jus in Re, non minus directe conveniunt in hoc, quod jus possessionis dicitur, quam in possessionem ipsam. Quare ut effugium subtrahatur, faciamus liquidum, quod jus possessionis ex eorum numero haberi non possit, quæ jura in Re solent appellari. Jus in Re ex consensu omnium ita descriptum est, quod rem afficiat, rem devinctam teneat, ubicunque & penes quamcunque personam sit; ejus autem naturæ non est jus possessionis; sed hoc, ubi res mihi erepta est, perit confestim. *l. 15. de adquir. vel amitt. poss. l. 5. de usurp.* Jus possessionis est momentaneum. *t. Cod. si de moment. poss. l. ult. C. qui legit. pers. st. in jud.* Quid? Jus in re constitutum & stabilitum, statim atque res mihi subrepta vel deperdita erit, extinguetur? Imo tum maxime ex quolibet jure in Re contra quemlibet datur actio in rem, ad id quod amissum est, repetendum: sed ex jure possessionis nunquid actio in rem proficiscitur, qua rem amissam, subreptam, a quovis possidente repetamus? Contrarium Paulus testatur in *l. 7. ff. de vi & de vi arm.* atque hæc secunda ac invicta ratio est. Sed audio, qui tum ex jure ac possessionis volunt in rem nasci actionem, quando agitur de retinenda possessione, idque probant ex *l. 1. §. 4. & ult. & l. 2. uti possid. l. 3. C. de interd. l. 14. §. ult. de except. rei jud. pr. §. 4. in fin. §. 6. & ult. Inst. de Interd.* Nescio, an quicquam facile ineptius & a ratione juris alienius a viris Doctis excogitari potuerit, ut is qui possidet, in rem adversus non possidentem agere dicatur. Interdicta retinendæ dantur his, qui se possidere contendunt; sed qui hoc affirmat, is τὸ ἀδύνατον implicat, si rem sibi restitui contendat: atqui hoc est agere in Rem. Qui de re corporali in rem agit, *is non possidet*, ait Imp. *sub fin.* §. 2. I. *de action.* sed qui retinendi interdicto experitur, is in hoc se fundat, quod possideat: ideo incassum dicitur, uti possidetis agi, adversus eum qui se etiam possidere contendit. Nam qui implorat interdictum, id negat, & se ait possidere, nec ad restituendum potest contendere, quod facere debet quicunque rem vindicat. In legibus objectis nihil ad rem pertinens reperitur. Jus in re & quod ad rem vocatur, judicia pariunt petitoria, quæ perpetuo opponuntur his quæ ex jure possessionis oriuntur. Erit forte qui dilemma torquebit; jus possessionis, ad Rem erit vel in Re; sed jam dixi, possessoria judicia, ut petitoriis opponuntur, ita fundamentum quoque possessorium discrepat a causis petitoriis. Petitoria nascuntur ex jure in Re vel ad Rem: possessoria quia opponuntur illis, easdem non possunt habere causas. Possessio igitur vel jus possessionis, neque in Re neque plane ad Rem est. Non sumus soliciti ne non divisio parum plena videatur, si quod jus extat ab utraque illa specie diversum: duntaxat enim docendi causa hæc divisio ab interpretibus ex Jure Pontificio adoptata est, ut alias diximus. Non quæritur in Interdictis quo jure res teneatur, non de jure in Re constituto vel de jure ad Rem consequendam, sed de facto, quis rem teneat. Possidenti id lex tribuit, ut retineat rem, donec de jure in ea Re vel ad Rem constet; Ergo ipsa possessio tale jus non est. Sit possessionis aliquod jus: nihil hoc aliud est, quam facultas a lege homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus sit; omnia enim de possessione judicia huc tendunt, ne situs, in quo res est, alia quam juris via mutetur, insuper habita causa per quam res eam positionem accepit. Etiam is, qui nullam, vel aperte injustam possessionis suæ causam habet, æque tamen, quam qui justissimam, jure possessionis gaudet. Fures & prædones habent jus possessionis etiam in rebus furtivis; quid est absurdius, quam vi vel furto jus perfectum & perpetuum adipisci? Sed quia possessionis momentaneum jus est, ideo hactenus nihil absurdi; publice enim interest, etiam fures & prædones in possessione defendi, donec res legitimo tramite ab illis evincantur; ne rixis & tumultibus fenestra aperiatur. Argumentum igitur minime vanum est; Jus in Re vel ad Rem. ex causa nulla vel iniqua adquiri aut amitti non potest; sunt enim ejusmodi hæc jura, ut semel quæsita citra injuriam eripi nequeant. Igitur ut ex legum auctoritate jus in re per furtum & rapinam adquiratur, aut semel stabilitum amittatur, rationi repugnat. Atqui possessio, inquam, ex causa nulla & injusta oritur. Utriusque exemplum est in §. 7. *Inst. de Usucap. Qui loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini sine vi nanciscitur*, is eum *possidet*; aperte sine ulla causa. Si per vim fundus occupetur, jam ex injusta causa possidetur, uti & fures possidere noscuntur. *eod.* §. 2. Eadem amissionis ratio est; Nam possessio per vim, per fraudem, a fure, a prædone, potest eripi, *l. 15. de adquir. vel amitt. poss.* ita ut nos jus possessionis amittamus, idemque illi

illi perfecte consequantur, *l. 2. Uti poss.* quod, si jus in Re esset, nullo modo tolerandum foret; neque adeo tolerandus error est, quo id affirmatur.

3. (b) Divisio Interdictorum in *h. tit.* triplex proponitur. Prima divisio, quod sint vel prohibitoria vel restitutoria vel exhibitoria. Interdicere quidem est prohibere potissimum; sed non est insolens ut nomen generis ab una specie petatur, *hoc* §. 1. *in fin.* quamquam forte ne quidem ita necesse fuerit; si quidem etymologica ratione, Interdicta sunt appellata, quia vel inter duos, vel interim dicuntur, Isidor. *l. 5. c.* 25. quod æque de restitutoriis & exhibitoriis, quam de prohibitoriis affirmari potest. Sunt prohibitoria, quibus Prætor aliquid fieri vetat, veluti, ne quis vim faciat sine vitio possidenti, ne quis mortuum in locum quo jus ei est, inferentem impediat; ne quis in loco sacro ædificet, vel in flumine publico ripave aliquid faciat quo pejus navigetur; hæc in §. 1. *h. t.* explicantur, & specialiter singula in *l.* 1. *de mort. infer. l.* 1. *& pass. Ne quid in loc. sacr. l.* 1. *de flumin.* Restitutoria Interdicta sunt, quibus Prætor aliquid restitui jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede aut pro possessore ex ea hereditate petit, quod est interdictum Quorum bonorum, de quo plenius in §. 3. aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem, quod fit interdicto de vi & vi armata, de quo agemus *inferius*. Denique exhibitoria sunt, per quæ Prætor jubet aliquid exhiberi; veluti eum, inquit Cæsar, cujus de libertate agitur, quod est interdictum de homine libero exhibendo; aut libertum cui Patronus operas indicere velit; aut cum parentes de liberis, quos in potestate habent, exhibendis sibi agunt, de quibus sunt tituli in Pandectis peculiares, de *homine libero exhib. & de liberis exhib.*

4. (c) Sequitur secunda Interdictorum divisio, quam persequitur Imperator in §. 2. 3. & 4. quod interdicta sint vel adipiscendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ Possessionis. Scilicet adipiscimur possessionem, quam nunquam habuimus; Retinemus, quam habemus; Recuperamus, quam amisimus, ut res & ipsa verba loquuntur. Adipiscendæ igitur possessionis interdicta dantur iis, qui jus habent præ omnibus aliis res detinendi, at necdum earum detentionem adepti sunt. Interdicta retinendæ possessionis competunt iis, qui jam rebus incumbunt easque vere & actu possident, in eum finem, uti ne in possessione turbentur eamve rursus amittant. Recuperandæ pro his introducta sunt, qui cum antea res possiderent, aliorum facto violentiaque detentionem amiserunt, hoc fine, ut quietam possessionem recipere eaque gaudere possint.

5. (d) Jam Adipiscendæ possessionis interdicta sunt, Quorum bonorum & Salvianum. §. 3. *h.* Interdictum Quorum bonorum datur originaliter bonorum possessoribus, dein & heredibus, *l.* 1. *C. Quor. bonor.* ad petendam possessionem rerum hereditariarum adversus eos qui pro herede vel pro possessore possident *d.* §. 3. Cæterum differentia inter heredes & bonorum possessores est, quod heredes sint jure Civili, & bonorum possessores jure Prætorio, sed quod ad effectum nihil differunt, ut alias dictum. Proprie est hoc interdictum pro bonorum possessoribus. *l.* 1. *C. Quor. bonor.* Jam pro herede dicitur possidere, qui putat vel saltem contendit se esse heredem: pro possessore, qui scit se non esse, nec etiam dicit se esse heredem, §. 3. *h. tit.* qui supplendus ex *l.* 11. *& l.* 1[illegible] *de Here ditat. petit.* ad quem tit. latius hoc explicandum. Differt hoc interdictum a petitione hereditatis tam civili quam possessoria, quia illud tantum est de corporibus, *l. 2. D. Quor. bonor.* hæc de juribus quoque incorporalibus, *l.* 19. *&* 20. *de hered. pet.* deinde in illo tantum petitur detentio, in hac plenum jus dominiumque rerum. Tertio, in hoc semiplena sufficit probatio; In illa plenissima requiritur. Quæ duæ differentiæ sunt communes in omnibus judiciis petitoriis ac possessoriis, ut antea dictum. Huic affine est, quod legatorum, quod datur heredibus ad repetendas res legatas a legatariis occupatas, ut ipsi heredes inde Falcidiam detrahant. *l.* 1. §. 2. *Quod Legat.*

6. Salvianum interdictum plane respondet actioni Servianæ, de qua vide *n.* 10. *supra de Actionibus*; tantum illa duo generalia discrimina modo allegata heic etiam observantur; Ex. gr. cum in Serviana dominum fundi probare oporteat rem fuisse in bonis coloni, huic sufficit probasse, quod res in fundum invecta aut illata sit. Eadem ratio erit Interdicti quasi Salviani respectu actionis quasi Salvianæ, quam supra intelleximus: Et hæc ita observantur. Gail. 2. *obs.* 26. *n.* 1. Dantur omnino plures interdictorum species, tam in genere adipiscendæ quam

(b) *Pos.* 6. (c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 8. *& seqq.*

Digitized by Google

quam retinendæ possessionis, at nos intra terminos Institutionum calamum heic retinebimus.

7. Placet addere, possessionem vel jus ejus, respectu interdictorum Adquirendæ possessionis non esse jus in Re, quod quidem hac parte est evidentissimum: Nam qui agit hisce interdictis, non possidet, nec habet jus possessionis, verum de adquirenda possessione laborat. *h.* §. 3. Habent quidem Interdicta Adquirendæ hanc similitudinem cum actionibus in Rem, quod dantur adversus possidentes; sed ut possessio illorum intuitu jus in Re diceretur, actionem in rem ex possessione nasci oporteret. Actor habet quidem jus Adquirendi possessionem, hoc est, ut liceat ei adquirere possessionem: At hoc nemo, cum jus possessionis appellat, intelligi censet; Etenim jus possessionis volunt esse, quod ex possessione sequitur, eamque præexistere supponit, ut modo *ad n.* 2. est explicatum. Proinde fieri non potest, ut interdicta Adquirendæ possessionis oriantur ex possessione vel ejus jure, cum Actor, inquam, hic non possideat. Quid autem? Suntne hæc Interdicta actiones in Rem an in personam? Ulpianus in *l.* 1. §. 3. *de Interd. sive extraordin.* ita diserte; *Interdicta omnia, licet in rem videantur*, ait, *concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*. Verba, *licet in rem concepta videantur*, bifariam accipi possunt; vel ita, licet circa rem versentur & non circa præstationes personales: nam possessio rem ipsam proprie spectat. Vel hoc modo, licet fieri possit, ut in rem scripta sint, contraque possessorem quemlibet dentur, origine tamen fundamentoque & vi ipsa bene inspecta, sunt personalia; quia non dantur ea domino ex jure aliquo in Re constituto, nec proinde ad effectum ejusmodi juris consequendum tendunt. Imo vero, dices, interdicta Adquirendæ nascuntur ex jure, quod est vere in Re constitutum; Nam interdictum Quorum bonorum est ex jure hereditario, & Salvianum ex jure pignoris. *l.* 1. *& toto tit. D. Quor. bonor. l.* 1. §. 1. *de Salv. interd.* At ego probo, nec interdictum Quorum bonorum esse ex jure hereditario, neque Salvianum ex jure pignoris. Ratio sit duplex; Prima, Hereditatis petitio, tam civilis quam possessoria, nascitur ex jure hereditario; de Salviano deinceps. At ex juris ratione fieri non potest, ut petitorium de hereditate & possessorium de eadem re judicium, veniant ex uno eodemque principio atque fundamento proximo; cum toto genere discrepantia sint judicia. Ratio altera petitur ab exitu judicii sententiaque in Interdicto Quorum bonorum. Notum est enim sententiam in judicio recte legitimeque instituto, debere esse conformem fundamento actionis primæque petitioni: At eventus judicii non est ut jus hereditarium Actori adjudicetur, sed tantum detentio rerum corporalium, quæ ad hereditatem pertinent. Ac inde tum ratio tertia suggeritur; Actio quæ ex jure hereditario nascitur, cuncta quæ sub jure hereditario continentur necessario comprehendit, tam incorporalia quam corporalia, ut superius dictum. At interdictum Quorum bonorum non nisi de rebus corporalibus proditum esse constat. *l. ult. D. Quor. bonor.* Sed urgebis, ut edisseram, unde igitur Quorum bonorum nascatur interdictum. Et sine hæsitatione dicam; Id esse fundatum in possessione quam ex Edicto prætoris adeptus est Actor, tametsi forte jus hereditarium penes eum revera non consistat. Constat enim, prætorem in danda bonorum possessione, non exacte & peremptorie examinare merita juris quod a quoque petitore allegatur; sed exempli gratia, ex testamento dare bonorum possessionem modo septem testium signis sit signatum; licet in eo vitium aliquod intrinsecus extet, quod impediat ne jus hereditarium scripto heredi convenire possit. Unde frequenter evenit, ut possessio a prætore decreta fiat sine re & sine effectu, aliisque denuo bonorum possessio contra tabulas ejusdem testamenti detur. §. 12. *Inst. de hered. quæ ab intest. def.* Quod etiam Viglius *in pr. Inst. de liber. exhered.* & Contius 1. *subcis. lect.* 14. recte de casu filiifamilias in testamento præteriti adfirmant: cum hoc effectu, ut quamdiu filius quiescit, bonorum possessio valeat, secundum *l.* 17. *D. de injust. rupt. irrit. fact. test.* quæ dein vel bonorum possessione contra tabulas *l.* 2. *ff. de b. p. s. t.* vel ab intestato *l.* 1. §. *ult. de bon. poss. cont. tab.* resolvitur atque revocatur. Sic abunde, ni fallor, liquet, jus hereditarium, illud inquam jus in Re, non esse fundamentum Interdicti Quorum bonorum, sed aliud minus firmum atque perfectum, actoremque se fundare in eo, quod æquum sit, possessionem, hoc est rerum detentionem, sibi duntaxat præstari. Facili jam negotio intelligitur, circa fundamentum Salviani Interdicti nihilo plus fore difficultatis omnibusque reliquis interdictis, quæ de servitutibus dantur. De servitutibus inquam, non ex ipso & vero jure servitutum, quod in rebus

Digitized by Google

bus constitutum est; Rursus eadem ratione, quod fieri non posset, quin, si jus ipsum servitutis esset in petitione, idem veniret in adjudicationem. Unum duntaxat est Interdictum quod ex ipsa servitute, adeoque ex jure in Re competit, *de itinere actuque privato*, & ex quo nihilominus tam evidenter nostræ veritas assertionis elucet, quam exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. *Hoc autem*, ait Ulpianus in *l.* 3. §. 13. *D. de Itin. act. priv.* secundum scil. Interdictum de itinere actuque privato, *a superiore distat*, *quod illo quidem interdicto omnes uti possint*, *qui hoc anno usi sunt*, *hoc autem interdicto eum demum uti posse*, *qui hoc anno usus est & jus sibi esse reficiendi*, *oporteat. Jus autem esse videtur ei*, *cui servitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur*, *duas res docere debet*, *& hoc anno se usum & ei servitutem competere*. Non poterat clarius docere ICtus, quam regulariter quidem Interdicto non agi ex ipsis servitutibus & ex jure in re constituto, sed ex ejusmodi fundamento, quod quidem servitutis mentionem recipiat, sed in ea tamen ipsa meritum causæ non collocet; tunc enim & ad probandam servitutem actor adstringeretur; quod eum non facere cogi, hoc ipso e versu manifestum est. Duntaxat ejusmodi jus circa rem probare debet, ex quo æquum sit, actorem potius eam rem possidere quam adversarium. Ipsum jus servitutis deinceps in judicium petitorium deducetur; atque ita in pignore, in jure hereditario, & si quæ sint alia jura, de quibus tam possessoria quam petitoria dantur judicia, usu venire, nemo, qui incorruptis juris principiis initiatus est, ignorare potest, ut pridem in *animadvers. ad jus in Re & ad Rem* probavimus *cap.* 18.

8. (e) Retinendæ possessionis Interdicta sunt, Uti possidetis, & Utrubi. Uti possidetis datur ei qui contendit se possidere rem immobilem, petitque ut ea possessio sibi conservetur. Qua in re non leve commodum consistit, siquidem possessor rem servat, donec alter plene suam esse rem probaverit. *l.* 2. *C. de Probat. l. ult. C. de rei vindicat.* Unde JCtus in *l.* 24. *de R. V.* prudenter monet, eum, qui in Rem judicio petitorio vult agere, primo omnium dispicere oportere, an non aliquo Interdicto possessionem adispisci queat, ut ejus medio detentionem rei nactus, ingenti onere dominii probandi allevetur. *Utrubi* Interdictum ejusdem est sententiæ, tantum quod de re mobili sit. §. 4. *h. tit.* Habent hæc interdicta duplicem usum; *Primus* est, si unus rem evidenter possidens, ab alio in possessione turbetur, (hodie vulgo *maintenue*) huic enim aliud quam hoc ipsum non potest applicari interdictum; utique non *unde vi*, cum hoc sit recuperandæ possessionis, quemadmodum inferius intelligetur. Alter usus est, cum duo contendunt se possidere, quod Galli vocant *Redoublement*; tunc enim Judex, uter possideat, hoc judicio statuere debet; ejusmodi adjudicationem Galli hodie vocant *Recreance*. Olim in Uti possidetis vincebat is, qui tempore interdicti sine vitio possidebat. In Utrubi superior is erat, qui majore parte anni possederat; hodie in utroque Judicio secundum eum pronunciatur, qui tempore litis contestatæ, nec vi, nec clam, nec precario possidet ab adversario; nam etsi a tertio rem vitiose adeptus sit, superior ipse tamen evadit. §. 4. *in fine h. l. ult. D. de Adquir. vel amitt. possess.* At jure Canonico, quod usu magis servatur, superior est qui antiquiorem possessionem docere potest. *c. licet.* 9. *X. de probat.* Cæterum, etsi proprie *Uti possidetis* interdictum de rebus soli detur, utiliter tamen ad servitutes, de quibus interdicta peculiaria non sunt prodita, extendi videtur, per *l.* 8. §. 5. *Si servit. vind. l. ult. de servit.* Hotom. *ad h.* §. 4. Vid. Bronchorst. 2. *antin.* 2. & D. Wissenbach. *ad h. tit. th.* 28. Adde Giphan. *ad l.* 3. *C. de Interd.* Dissentire illi videntur, at ita, ut de conciliatione non sit desperandum. Cæterum, ex eo quod hoc interdictum possessorem tueri dicitur, in *l.* 1. §. 6. *& ult. l.* 2. *l.* 1. *in pr. & l. ult. D. Uti possid.* sequitur, heredi id non dari, quia possessio non transit in heredem, nisi denuo apprehensa, *l.* 23. *in pr. de Adquir. vel amitt. possess.* Sed ubi receptum est, ut possessio defuncti per se transeat in heredem, ibi hoc quoque Interdictum heredibus dari consentaneum est. Est illa Galliæ inprimis consuetudo, ubi proverbium; *Le mort saisit le vif*, de quo Tiraquell. librum scripsit singularem, vid. *part.* 6. *declar. c.* 1. *n.* 1. *&* 2.

9. Porro, qui in possessorio victus est, non habet aliud remedium, quam ut transeat ad petitorium, quo si probet rem esse suam, simul in possessionem restituitur; etenim appellatio in possessoriis non conceditur *l. unic. C. si de momentanea possess.* Cujac. 1. *observ.* 2. Sed moribus seculi fit appellatio, cum effectu devolutivo cognitionis, * non suspensivo executionis,

(e) *Pos.* 15. *& seq.*

nis, ut loquuntur: hoc est, superior Judex cognoscit an recte sit judicatum, sed interim sententia executioni mandatur; quod institutum est ex Jure Canonico. *c. ex conjectione de Restit. Spoliat. c. significaverunt. X. de Testib. c. un. Clem. 1. de sequestr. poss.*

10. Postremo, notemus hoc iterum, quod jam monuimus *ad n.* 2. Interdicta retinendæ possessionis non posse in Rem actiones esse, nec ideo illorum intuitu possessionem jus in Re dicendam, *eo quod interdicta retinendæ dentur his, qui se possidere contendunt, sit vero τῶν ἀδυνάτων, ut is qui possidet, rem sibi restitui contendat, quod est in rem agere.* Imo certum utique est, ajunt dissentientes, possidenti contra possidentem ea interdicta dari, §. 4. *Inst. de Interd.* quibus auctoribus decisa videlicet est quæstio, an duo rem possidere queant, quod Paulus adeo fortiter negat in *l.* 3. §. 5. *de Adquir. vel amitt. poss.* Sed instant, scilicet, *eum qui habet jus possessionis, de retinenda agere contra eum, qui tantum habet detentionem.* Vellem hujus rei usum & exemplum declararent; Nam quod ad primum attinet usum, quem habent Interdicta Retinendæ, quando is qui evidenter possidet ab alio turbatur, res est manifesta, dari hoc Interdictum possidenti contra non possidentem. Atqui interdicta retinendæ, quatenus duplicia sunt & utriusque possessio allegatur, constat inter eos dari, qui sic se possidere contendunt, ut ab ipsis judicio vindicationis res peti debeat, sive ut Justiniani verbis utar, *in* §. 7. *Inst. de Interd. quando par utriusque litigatoris conditio est*, ita ut uterque sese æque possidere contendat: quæ positiones cum actionis in Rem natura nullo modo conveniunt. Et quid disputamus hac de re? Justinianus hunc prætextum actionis in rem funditus tollit, cum in *fin.* §. 4. *h. t.* sic ait: *ut ille vincat* (de interdictis Retinendæ agit) *qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatæ tempore detinet.* Apage igitur cum commento, ei competere hoc Interdictum qui habet *jus possessionis*, adversus eum qui tantum habet *detentionem*. Imperator affirmat eum vincere hoc Interdicto, qui rem detinet; Atqui in rem actio, quoties de re corporali, ut hic, agitur, ei tantum datur, qui non possidet, ait diserte idem Imper. §. 2. *Inst. de Action. sub fin.* Jam qui dissentiunt, possessionem *longe diversæ ab reliquis esse naturæ*, differunt ultro, *cum in detinendo id sit fundatum, magisque fragile sit, quam reliqua jura in Re, ut actio inde contra tertium non competat.* Atqui hæc diversitas quæ in possessione conspicitur, ab reliquis juribus in Re dictis, cum in ipso distinctionis momento, quo juri ad Rem opponitur, consistat, non potest non inferre, quod superius a me scriptum est, nihil esse in possessione quod juris in Re nomen tueri queat. Id hac inprimis gratia receptum est, ut principium adæquatum esset omnium in Rem actionum, nec alium habet usum hæc appellatio; Proinde ubicunque est jus in Re, ibi necessario est actio in Rem. Igitur, si quis jus aliquod existere dicat unde non detur actio in Rem, is hoc ipso clare docet, hoc, cujusmodicunque sit, non esse jus in Re; Consequenter qui naturam alicuius Juris, quod in Re velit appellari, in hoc ab reliquis ejusdem nominis juribus vult discrepare, quod actionem in Rem non producat, is hoc ipsum evidenter tollit, quod omnino jus in Re sit, sublato scilicet eo, per & propter quod illud esse debeat. Præterea jus in Re in hoc ab jure ad Rem distinguitur, quod quidem hoc ultimum adversus certam detur personam, illud vero in rem dirigatur & rem afficiat ubicunque res sit, & actionem adversus quemcunque rei possessorem porrigat. Proinde, qui jus aliquod esse tradit, quod rem non afficiat ubicunque existat, sed quod pereat quam primum res apud alium esse cœperit, hoc is ipso tollit momentum oppositionis, quo jus in Re & jus ad Rem a se invicem distinguuntur; ac ita negat manifesto, hoc suum jus habere juris in Re naturam. Denique in eo subsistimus, Possessionem vocari *jus*, quatenus est facultas homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus sit, nec situs, in quo res est, alia quam juris via mutetur. Proinde commodum & jus possessionis in eo consistit, uti possessor rei insistat, quamdiu alius non fecit liquidum sibi jus in ea Re vel ad eam esse comparatum, cujus vi possessio debeat mutari. Hoc jus in Re & ad Rem, judicia facit petitoria, quibus cum possessoria

* *Jure nostro interposita in causis possessorii summarii, etiam inhibitivi, appellatio, quandoque & devolutivum & suspensivum habet effectum, neque enim, pendente appellatione, judex inferior ulterius in causa potest progredi, conf. Appell. Patent. d. an. 1690. §. Welles.* Solet tamen plerumque judex superior eam, ut inadmissibilem, non communicatis adversæ parti refutatoriis apostolis, rejicere; vid. *Mand. Dippold.* Joh. Georg. III. *d. Ann.* 1691. §. 70. *j.* Svendend. *ad Fibig p.* 1233. Berger. *in Elect. Proc. Possess. th.* 43. *seq.* ubi negat, Leuterationi in possessorio summario, in Saxon. *e. d. Mand.* locum esse. Cæterum quoties inhibitio confirmata, cassata, vel in vim simplicis citationis resoluta est, appellatio locum habet, & dantur haud raro reverentiales, Mench. *ad Ord. Proc. Disp. prœm. c. th.* 32.

soria opponantur, palam est, jura quoque, unde ea judicia nascuntur, esse distincta; Porro Jus in Re firmum atque perfectum est, plerumque etiam perpetuum; possessio jus momentarium est, fere ut ususfructus *momentarius* dicitur in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Adeo & fur & prædo rem nobis eripientes, continuo nobis adimunt possessionem eamque in se transferunt, quod de jure in Re tam firmo atque perfecto, veluti hoc omnes describunt, adserere, ineptissimum & a civili ratione alienissimum est.

11. (f) Cæterum, non modo his interdictis experimur si rebus ipsis corporaliter incumbamus, sed & si per alios, veluti per colonos possideamus, item per procuratores, hospites, amicos, *l. 3. §. 12. l. 9. & seqq. & l. 30. §. 6. & ll. seqq. de Adquir. vel amitt. poss.* denique per fructuarios. *l. 6. §. 2. de Precar. §. 5. h. t.* Nam hi, qui alieno nomine sunt in possessione, non agunt ex interdictis neque adeo possident, *l. 3. §. 3. Uti possidet.* excepto fructuario, propter jus quod in Re habet, & quia omne rei emolumentum ad eum pertinet, in Interdictis uti possidetis & unde vi, pro possessore habetur. *l. ult. Uti possid. l. 3. §. 13. & seqq. de vi & de vi arm.* Proinde sciendum hoc loco, qua ratione possessio adquiratur, retineatur & amittatur. Nempe adquiritur animo solo, per eos qui sunt in possessione nostro nomine; amittitur & animo solo, plerumque tamen animo ac corpore simul. *§. 5. h. l. 3. §. 1. & l. 8. D. de Adquirend. vel amitt. possession.* juncta *l. 153. D. Reg. Jur.* Sunt hæc ejusmodi, quæ pleniorem merentur explicationem; At eam rectius Pandectis reservabimus. Illud hic addendum, non esse omnino τῶν ἀδυνάτων, ut eadem res a duobus possideri queat, scil. ab uno jure & animo, ab altero corpore; ab uno civiliter, ab altero naturaliter. Proin, si te absente alius fundum quem possides occupaverit, hic naturaliter, tu civiliter possides. *d. l. 6. §. 1. & l. 46. de adq. vel amitt. poss.* Quibus adversari putant multi Paulum in *l. 3. §. 5. eod.* quod mihi non videtur, quoniam is perspicue docet, possessionem, quæ *corpore* consistit, ejusdem rei penes duos esse non posse, nequidem juste apud unum, apud alterum injuste, quod verissimum est: nam quocunque jure teneantur res, hoc implicat, ut duo rem eandem in solidum corporaliter teneant; atque hoc Paulum velle e textu clare liquet ultimisque verbis; *non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.* Corporalis comparatio est, adeoque de concursu duarum naturalium, non de civili possessione loquitur. Cæterum, ubi resciviſti alium te invito rem detinere, tunc animum contra agnitam rei veritatem inducere non potes, sed ei vi- lem quoque possessionem amittis. *d. l. 6. & l. 46.* Indicat autem hæc observatio, non posse fieri, ut viri docti contra quos modo de jure possessionis disputavimus volunt, in hac specie exemplum actionis in Rem jurisque in Re consistere, quando scilicet unus animo jus possessionis habet, alius rem corpore detinet. Videlicet, quicunque meam rem, me absente, occupavit, is Interdicto tenetur; atque ita hoc datur adversus quemlibet possessorem. Sed ne longius huic quæsito immoremur; etsi facile probatu esset hoc non sequi, licet maxime concederemus interdictum Retinendæ tali casu dari, brevior tamen via est, negare, quod is qui reversus cognovit rem suam ab alio esse occupatam animo sibi rem tenendi, jam retineat possessionem, ac Interdicto Retinendæ experiri possit. *l. 6. §. ult. de Adquir. vel amitt. poss. l. 1. §. 24. de vi & de vi arm.* Contra, detentori licet injusto, datur interdictum Retinendæ, *l. 1. §. ult. Uti possid. l. 3. pr. eod. l. ult. de Adquir. vel amitt. poss.* Is vero cui sublata est facultas rem iterum corpore apprehendendi, ab eo tempore possidere desiisse, id, inquam, intelligitur ex *l. 3. §. 13. de Adquir. vel amitt. poss.*

12. (g) Sequi debent Interdicta Recuperandæ possessionis, cujusmodi hic unum solummodo & præcipuum memoratur, Unde vi; quod datur ei qui de possessione fundi vel ædium dejectus est, ad hoc, ut recuperet possessionem cum fructibus & eo quod interest *§. 6. h. tit.* rebusque mobilibus quas dejectus in loco, unde dejectus est, habuit. *l. 1. pr. §. 31. & seqq. l. pen. de vi & de vi arm.* Datur & ei, qui alterum prius vi dejecerat, ut hic textus ait, scilicet, si novissima dejectio facta sit ex intervallo post alteram; nam si quis ab alio dejectus eundem in continenti rursus dejecerit, tum ultimo dejectus non habet interdictum *l. 17. D. eod.* Quia quod statim fit, habet speciem defensionis, quod autem ex intervallo, tumultus & vindicta videtur. Competit adversus eum, qui vi dejecit vel dejici curavit, etiamsi dominus rei sit, & qui dejectus est ab eo vitiose possederit. *d. §. 6. h.* Competit etiam heredi, *l. 1. §. 44. de vi & de vi arm.* nam etsi possessio ad here-

(f) *Pos. 24.* (g) *Pos. 25. & seqq.*

heredem non transeat, jus tamen recuperandi possessionem quominus transeat, nihil obstat, quod tenendum ad ea, quæ D. Wissenb. *ad h. t. ff. th.* 27. profert. Datur etiam fructuario, *l.* 3. *§. pen. eod.* non colono *l.* 1. §. 22. *ibid.* adversus eum qui dejecit, etsi non possideat, *l.* 1. §. 42. ut, si possessionem non restituat, id quod interest solvat. *l.* 15. *eod.* etiam in eum, qui jussit *l.* 1. §. 12. & in heredes quatenus pervenit *l.* 1. §. *f.* Adversus tertium possessorem, qui vim non fecit non datur, *l.* 7. *d. t. De vi* tantum abest, ut hæc actio in rem sit. Sed Pontifices suum interdictum unde vi, *ex cap. sæpe X. de Restit. spol.* adversus tertium quoque possessorem dederunt. Competit & contra eum, qui vacantem possessionem, non tamen a Domino desertam, absque vi, sed & absque judicis auctoritate occupavit; *l. fin. C. Unde vi* ut tamen justam excusatione ei tribuat error non improbabilis. *l.* 5. *C. Unde vi. l.* 3. *& 6. de jur. & fact. ignor.* Cæterum fructus in hoc interdicto præstantur a tempore dejectionis, *l.* 1. §. 40. *de vi & de vi arm.* cum cæteris Interdictis ratio fructuum, ex quo edita fuerunt, habeatur. *l.* 3. *de Interdict.* Schneidew. *ad h.* §. 6. distinctio in vim publicam & privatam, quæ *d.* §. 6. habetur, pertinet ad *tit. ultim.* ibique tractabitur.

13. (h) Tertia & ultima divisio Interdictorum est in simplicia & duplicia. Simplicia, in quibus facile discerni potest uter Actor & uter sit reus. Duplicia, in quibus uterque Actoris & Rei vices gerit: qualia sunt Uti possidetis & Utrubi, ut supra dictum: reliqua sunt simplicia. Pari modo sunt etiam petitoria quædam judicia duplicia, ut familiæ ercisc. communi dividundo & finium regundorum, quia in illis utriusque partis eadem est intentio, sc. ut divisio & declaratio partium fiat. Quia tamen omnino necessum est alterum tenere locum actoris, alterum vice rei fungi, hinc ita comparatur, ut loco actoris in judiciis duplicibus habeatur is, qui primus ad judicem provocat, alioqui sors actorem decernat. *l.* 13. & 14. *de Judiciis*. * Alibi hæc Judicia duplicia, pari sensu, mixta vocantur. *l.* 37. §. 1. *de Obligat.* Moribus hodiernis interdictorum vice funguntur Mandata vel Mandamenta Curiarum supremarum, ** Zypæ. *notit. jur. Belg. lib.* 2. *tit. de caus. possess. & propriet.* & quanquam omne judicium possessorium hodieque momentaneum habetur, quoad ordinem tamen procedendi, vel summarium dicitur, vel ordinarium. Illud appellant, in quo non servato juris ordine absque judicii strepitu proceditur, per modum, ut vulgo loquuntur, provisionis. Ordinarium, in quo solenni solitoque modo, adhibita plena causæ cognitione proceditur. Gail. 1. *observ.* 7. *n.* 5. Voet. *ad h. tit. in fin.* Si concurrant petitorium & possessorium, hoc prius terminandum est, adeo ut petitorio quoque inchoato, regredi liceat ad possessorium, tam jure civili, *l.* 18. §. 1. *de vi.* quam canonico. *d. cap. significaverunt* 36. Unde manifestum, qui conventus est possessorio, eum reconventionem de proprietate nullo modo instituere posse; nec aliter usus fert.

SCHOLIUM.

Hoc unde non intelligo. Et moribus nostris sane conventus in possessorio, alterum de proprietate reconvenire potest, quinimo nec separari quidem a volentibus potest causa possessorii & petitorii, sed coram quo Judice illud ventilatum, coram eodem & hoc intentari debet, quod & juri Civili & Canonico est consentaneum, per ea quæ habet Carpzov. l. 1. resp. 74.

RESPONSIO.

Illud unde habet hunc nexum, Possessorium prius terminandum petitorio. Conventio & Reconventio pari passu finiri debent. Ergo possessorium & petitorium non possunt Conventione & Reconventione cumulari. Nec aliud in foro nostro servatur. Videbimus ad tit. ff. De quib. reb. ad. eund. jud.

N. ADDIT.

Hæc jam bene se habent. Cum enim istud Scholium scriberem, cogitabam de reconventione Saxonica, cujus a civili, de qua Autor loquitur, plane diversa est ratio. Conf. Scholium ad tit. ff. De quib. reb. ad eund. jud. eatur. n. 6.

(h) *Pos.* 31. & *seqq.*

TIT.

* Secus Jure nostro obtinet, ubi quoties in duplici judicio uterque simul ad judicem provocat, ipsius arbitrio, citra sortem, determinatur, quis pro actore, quis pro reo sit habendus, *LR. L.* 1. *art.* 61. Carpzov. *Proc. t.* 4. *art.* 1. *n.* 47. *seqq.* Declaratus autem hoc modo actor, adversarii turbationem & suam possessionem probare tenetur. §. 4. *t. h. t.*

** Et jam in Curiis Provincialibus Saxoniæ, interdictorum vice funguntur inhibitiones, quæ sunt Mandata pœnalia, quibus Magistratus imploratus possessionis momentaneæ turbatorem sub pœna 50. aureorum Rhen. a turbatione jubet desistere, addita tamen clausula justificatoria. vid. *Ref. Grav. d. ann.* 1609. *gr.* 9. conf. Carpz. *Diss. de Inhibitionib.* Berger. *Elect. Proc. Possessor. l.* 6. *p.* 71 *seq.* Inhibitionis necessaria requisita sunt, judex immediate competens; monitorium, & interdum excitatorium præcedens; causa inhibitiva, v. *Ref. gr. d. l.* clausula justificatoria; & insinuatio per nuncium juratum facta. Effectus illius inhibito vel paritionem, vel justificationem injungit. Paritio plenaria legitime & in continenti probata, ansam dat cessationi inhibitionis. Justificatione suscepta, & possessione inhibiti certa deprehensa, cassatur inhibitio; si illa dubia sit, hæc in vim simplicis citationis resolvitur. Cum vero impetrantis, possessio certa sit, inhibitio confirmatur, *bleibet die aus gebrachte* Inhibition *bey Kraften*, Menck. *d. l. th.* 41. *seq.*

Digitized by Google

TIT. XVI.

De Pœna temere litigantium.

I. Continuatio, & quid temerarii Litigatores. II. De jurejurando calumniæ. III. De pœna pecuniaria temere litigantium. IV. De Infamia. V. Quid in jus vocatio, & quomodo olim facta. VI. Qui in jus vocari non possunt.

(a) NE quis putet e relatione tot actionum, rixosam esse jurisprudentiam, quod ab imperitis aut a malevolis illi objicitur, monet Imperator, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent. Non improbat Prætor ejus factum, licet aliquando παραδοξότερον, qui tanti habuit re carere, ne propter eam sæpius litigaret: hæc enim verecunda cogitatio ejus qui lites execratur, non est vituperanda, est ἐπίκρισις Ulpiani in *l.* 4. §. 1. *de Alienat. jud. mut. c.* Porro, ne quis hanc adseverationem rei ipsi adversam calumnietur, in hoc caput congessit Imperator modos mediaque coercendi litigantium temeritatem. Sunt autem Temerarii litigatores, qui sine probabili causa litigant, quod fieri potest ut uterque faciat, si quæstio sit anceps vel obscura; sed ut justam uterque causam, vere & in puncto, ut ita loquar, habeat, hoc fieri non potest, uti mox.

2. (b) Pœnæ temere litigantium, sive potius modi illos coercendi, sunt tres. Jusjurandum, pœna pecuniaria & infamia. Jusjurandum huc pertinens vocatur CALUMNIÆ, quod præstat Reus, Actor & Advocatus. *Actor jurat* se ad litigandum procedere, quod putet se justam habere causam, non cum animo vexandi, nec quicquam hoc animo esse facturum. Reus jurat se ad contradicendum accedere, non animo tergiversandi, sed quod putet se justa usurum instantia δικαίαν ἀντιῤῥητιν εἶναι, *justam esse contradictionem suam*; addit uterque, se nihil corrumpendi causa dedisse vel daturos; denique jurat advocatus, se quoque putare causam sui clientis esse bonam, sin aliter deprehendat, eam se deserturum. §. 1. *h. l.* 2. & *authent. subject. C. de Jurejur. propt. cal.* Hoc jusjurandum comitabatur litis contestationem, *d. l.* 2. *Nov.* 49. *c.* 3. cumque simpliciter ad judicium illa requiratur, dicendum est, ejus omissione processum vitiari, per *d. l.* 2. *in pr.* & §. *sed quia veremur.* adstipulante Donello 24. *comm.* 3. & Gadelino *de jure noviss. c.* 8. *in fin.* licet aliter fere pragmatici dissentiant ex sententia juris Canonici. *capite* 1. *de juram. cal. in* 6. Sunt etiam, quibus plane displicet; denique ubi in desuetudinem abiit: * adversus quos disputat Sandius noster in *lib.* 1. *decis. tit.* 9. *defin.* 1. Hoc sane utilissime receptum aut recipiendum est, ut, qui temere eo sint usi, pro modo exempli mulctentur aut puniantur, ut idem Sandius tradit *eod. tit. defin.* 2. quanquam alioqui verum est, hoc genus jurandi magis esse opinionis quam assertionis; ut ex formula modo relata apparet, nec perjurium dici posse continuo ac aliquis non obtinuerit; nec quidem id esse verum, quod vulgus putat alterutrum necessario esse perjurium, quando factis discrepantibus colliduntur. In foro nostro, non initio litis præstatur hoc juramentum, ut jure civili cautum, sed post litem contestatam, quando partes ad probandum admissæ, sibi invicem interrogationes proponunt, ad quas mutuo respondere debent: quæ interrogationes cum alibi, nomina-

(a) *Pos.* 1. & 2. (b) *Pos.* 3. & *seqq.*

* Ita apud nos Juramentum calumniæ generale dudum in usu esse desiit, † vid. *O. P. S. T.* 31. verb. *Obwohl das* Juramentum calumniæ generale *in unsern Landen nicht breuchlichen.* Conf. Carpzov. *P.* 1. *C.* 12. *d.* 21. Nicol. *Proc P.* 1. *c.* 19. *n.* 5. Philipp. *Consil.* 1. *ad d. Tit.* Bachov. *ad Treutl. Vol.* 1. *disp.* 21. *th. lit. c.* Advocati tamen in judicio Mercatorio Lipsiens. secundum *Ord. Jud. Merc. Lips. tit.* 4. juramento obstringuntur, quod juramentum calumniæ fere continet; nec multum ab hoc recedit juramentum malitiæ speciale, quoties ab initio litis injungitur, vid. *Decis. El.* 90. §. *befehlen.* cujus exemplum habet Rivin. *spec. Except. Dilat. c.* 31. *pag.* 154.

† Sed revocatum est in usum quoad actores pauperes, qui, postquam Judici de probabili litigandi causa fidem fecerunt, præter juramentum paupertatis, jurant, se certo certius credere, justam sibi esse litigandi causam, neque se ejus litis nomine quicquam dolo malo fecisse, neque durante lite quicquam tale facturos esse; *O. P. S. E. I. & E. Tit. I.* §. 10. Hæc Juramenta & paupertatis & malitiæ, præstant Minores ipsi, si decimum octavum ætatis suæ annum impleverint, reliquorum minorum, ut & furiosorum menteque captorum & similium Tutores & Curatores, sed hi paupertatis juramentum eatenus, curandorum suorum bona ad solverda ea, quæ & Judicio & Advocato debebuntur, haud sufficere. Tutores & Curatores causas suorum negligentes, ut ab horum juramentorum præstatione maneant immunes, Tutelæ & Curatelæ judicio tenebuntur, *O. P. S. E. I. & E. Tit. I.* §. 11.

animatim in Hollandia, cessent, *consentaneum est, ibi quoque jusjurandum hoc non habere locum, ut testis etiam est D. Voetius ad *hunc* §. 1. *n.* 3. Advocati apud nos & in plerisque foris jurant, ** quando nomina eorum matriculis curiarum inferuntur, semel, nec alias unquam, etsi in aliquibus foris Sacramenta quotannis renovantur, in nonnullis etiamnum pro singulis caussis, teste eodem *n.*8. Cæterum, est aliud jurandi genus, quod & litigantes & Advocati sæpe, prout quæque res incidit, in omni parte judicii præstant, MALITIÆ *** a Pragmaticis dictum; quod sine dubio a jurejurando Calumniæ, quemadmodum id a Justiniano præscribitur, discrepat; dissentiente D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 2. tametsi nihil vetat hoc etiam calumniæ appellari, ut in specie simili factum videmus ex *l.* 8. § 5. *Qui satisd. cog.* nec aliud esse potest juramentum calumniæ, quod secundum Jus Canonicum in quavis parte judicii deferri potest. *cap.* 2. *de jurejur. cal. in* 6. Imo nostra, quæ ad positiones factorum inter litigantes celebrantur, revera nihil sunt aliud quam malitiæ juramenta. Proinde juramentum malitiæ solide quidem differt a jurejurando calumniæ, quod Justinianus introduxit, non differt usquequaque a juramento calumniæ quod & olim in usu fuit. *d. l.* 8. §. 5. & quod hodie omni die servatur, nisi quod ita Pragmaticos loqui videmus, ut juramenta, quæ probationes factorum totius causæ comitantur, appellent calumniæ, reliqua de incidentibus negotiis, malitiæ.

3. (c) Alter modus coercendi temere litigantes, est pœnâ pecuniaria, quæ primo usum habet in omnibus Judiciis pœnalibus. Dein specialiter in his, ubi lis inficiando crescit in duplum, de quibus in §. *ult. supra de oblig. quæ quasi ex contractu nascuntur*. Tertio in eo, quod victi damnantur in impensas, ††††† etsi non fuerint peti-

(c) *Pos.* 7. *& seqq.*

* Cessant etiam in Saxonia interrogationes & responsiones mutuæ, adeoque & juramentum dandorum & respondendorum, Schilt. *ad Inst. tit. de Offic. Judicis*, *n.* 37. Richter. *P.* 1. *dec.* 119. *n.* 5. Carpzov. *Proc. tit.* 10. *art.* 3. *n.* 1. Strych. *Us. Mod. ff. Lib.* 11. *tit.* 1. §. 40. ubi §. 41. ostendit, extra Saxoniam in Marchia, Wurtembergico, Tribunali Wismariensi, aliisque Germaniæ judiciis, interrogationes ac positiones hujusmodi adhuc esse usitatas. conf. Koch. *Prax. for. Germ. p.* 4. *c.* 16. §. 2. Menck. *ad O. P. S. tit.* 11. *th.* 17. *seq.*

** Idem apud nos obtinet, ubi, qui ad Praxin accedere cupiunt, impetrato a Facultate Juridica Lipsiensi, aut Vitembergensi, testimonio, juramentum justitiæ præstant, vid. *Mand.* Joh. Georg. III. *Dippoldisw. de an.* 1691. §. *Ob auch wohl zum achten.* verb. *zur* Justiz *nach einer gewissen zu solchem Ende verfertigten Notul vereyden lassen*. Non tamen hoc juramentum ab iis exigebatur, qui Licentiæ aut Doctoralem Gradum Juris sunt adepti, *d.* §. verb. *ausser denen graduirten Personen.* cum ii plerumque jam justitiæ juramentum præstitissent. Adde *Leipz. Handels-Ger. Ordn.* n. 4. *p.* 82. Item, *Leipziger-Ober-Hof-Ger. Ordn.* rubr. *Eyd der* Advoc. *Wittenb. Hof-Ger. Ordn.* rubr. *Eyd der* Advoc. Novam jurisjurandi Advocatorum formulam, quam quæ in ordinatione processus continebatur, præscripsit *novissimum* Reg. nostri pat. *mandatum wegen der Advocaten im Lande An.* 1723. *d.* 12. *Ap.* ab omnibus, qui patrocinium clientum forense suscipere cupiunt, recitandam. Nec a necessitate hoc sacramentum præstandi, amplius eximuntur Doctores ac Licentiati. *d. Mandat.* §. 4.

*** Hujus in Saxonia quotidianum fere usum esse, satis apparet ex *Ord. Pr. Sax. Tit.* 11. §. *Nachdem.* Tit. 19. *Dec. El.* 70. atque hoc a Judice implorato, aut etiam ex officio, justis ex caussis, modo parti, modo advocato, interdum etiam utrique, imponitur, *Ref. Grav. d. An.* 1658. 1619. *gr.* 24. in primis, quando testes peregrini litis protrahendæ caussa † produci videntur; *O. P. S.* 2. 13. verb. *ehe und zu vor ihm die* Compass. *Briefe ertheilet, das* Juramentum Malitiæ, &c. aut leuteratio frivole interposita creditur, *O. P. S.* 2. 35. §. 4. aut quoties tertia, vel quarta dilatio probatoria petitur; ††. *O. P. S.* 2. 20. §. *Wir lassen.* aut cum quis protelandi animo intervenisse creditur; *O. P. S. t.* 25. §. *un.* aut cum pauperes litigant, ††† a quibus non raro exigitur. Et in genere †††† imponendum est, quando litem protrahendi animo pars aliquid petit, *O. P. S.* 1. 33. verb. *Wenn, und so oft sie vermerken, dass etwas von einem oder andern Part, zu vorsetzlichem Verzug der Sachen, vorgebracht oder vorgenommen wird.*

† Hoc casu per novissimum Jus non pars modo, sed advocatus quoque, pro re nata, juramento malitiæ obstringendus est. Detrectantis juramentum pœna, partis equidem est mulcta intra decem & viginti uncialium summam consistens; advocati autem suspensio a praxi trimestris. Tale juramentum etiam exigere licet ab iis, qui non peregrinos, sed plures tamen in diversis nostrarum regionum locis commorantes, super uno articulo aut circumstantia producere. *O. P. S. E. I. & E.* t. 13. §. 1.

†† Novissimo Jure, quotiens altera, aut a minore aliisve, qui Restitutionis in integrum beneficio gaudent, si tertia dilatio petatur. *O. P. S. E. I. & E.* 2. 20. §. 3. & 4.

††† Quid circa hos aiduros noviter constitutum, supra monuimus ad not. * p. 419.

†††† Adde speciem, si in petitione editionis documentorum ab adversa parte vel tertio faciendæ, doli quid inesse suspicatur judex; quo casu, vel partem, vel patronum causæ hoc jurejurando obstringere potest. *O. P. S. E. I & E. tit.* 28. §. 1. Confer. *Tit.* 33. §. 1. & 2. ubi leuterationes contra delatum malitiæ juramentum plane improbantur; si appellatum fuerit, judex a quo rem ex officio ad judicem ad quem deferet; sumptus feret appellans, & pœnam, si gravamina fuerint nullius ponderis æstimata, V. X. aut amplius, talerorum. Super appellatione Judici inferiori juramentum malitiæ deferre non licet, quod in judicis superioris pro re nata est potestate.

††††† De quarum cum judicialium tum extrajudicialium immodica quantitate, cum homines ubique fere sint conquesti, per publicam Legem, *durch die besondere Tax Ordnung*, modus iisdem est impositus, omnibus simul statutis, pactis conventis, & consuetudinibus contrariis penitus abrogatis. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 36. §. 1.

Digitized by Google

petitæ, † modo non adfuerit probabilis causa litigandi; quæ pœna successit in locum decimæ litis, quæ olim temerariis litigatoribus infligebatur §. t. *in fine*, *&* *l.* 13. §. 6. *C. de judiciis*. Tamen Justinianus decimam litis deinde in usum revocavit, *N.* 112. *c.* 2. *in pr.* non abolito interim jurejurando calumniæ; sed hoc addito, ut decimæ cautio fiat satisdato vel jurato. Cujac. *expos. d. N. & N.* 69. Sed hodierna praxi hæc decima litis est sepulta. Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de juram. cal.* * Diximus in impensas condemnari victum etsi non fuerint petitæ, idque ex *d. l.* 13. satis probari videtur, adstipulante D. A. Matthæo *Disp.* 6. *de judic. th.* 17. At doctores vulgo aliter sentiunt, eodem teste, aliterque in foro servatur, teste Gail. 1. *observat.* 51. *n.* 21. unde recepta libelli clausula, *cum expensis*; qua omissa, nostræ quoque Curiæ Δικασπόλους nihil de expensis adjudicare, mihi compertum est. Cæterum, nemo condemnatur in expensas nisi qui temere litigaverit, *l.* 79. *de Jud.* quod, ut initio diximus, utrimque abesse potest; facile enim fit ut homines & in jure & in facto aliquid fugiat, l. 2. & *l.* 9. *de jure & f. ignor.* alioqui, Justitia positive καὶ ὡς ἐν ἀτόμῳ accepta, non posse causam utrimque esse bonam, res loquitur. Grot. 2. *de J. B. & P.* c. 23. *n.* 13. Quis sit, aut quis non sit temerarius litigator, in universum finiri non potest, ideoque judicis arbitrio id relinquendum est. *l.* 1. §. *ult. de jure delib.* Sane quod Alciatus scripsit ad *L.* 1. *de Reb. cred.* eum, qui celebris alicujus JCti judicio sublevatus fuerit, non esse temerarium litigatorem; id ex iis est, quæ plerumque sane ita sese habeant, per se tamen necessitatem Juris judici non præscribunt; utique locum non habet, ubi quis ad impensas & id quod interest se obligavit; proinde nec id ita simpliciter in foro servatur; Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de Legib.* Absolvunt a temeritate, non tantum obscuritas facti, sed etiam juris ambigua interpretatio, ut in utraque tamen reo facilius quam actori ignoscamus. *l.* 125. *de R. J.* Quod si pro parte justa fuerit causa, pro parte injusta, vel prorsus non, vel saltem non in omnes damnandum esse victorem ratio docet. Et jurejurando adversarii condemnatum, semper in impensas damnandum, vulgo quidem placuit, at recte displicuit ** D. A. Matthæo, *Disp. de Judiciis XI. n.* 40. utique non indistincte, & D. Voetio ad *h. t. &* §. *n.* 11. Cessat etiam condemnatio in expensas, cum ex consensu utriusque litigatoris causa judicio disceptatur, *arg. Nov.* 112. *c.* 2. cum fiscus succubuit, Cujac. *in par. C. de sportul.* cum Episcopus, *Nov.* 123. *cap.* 28. tenuiores, *** *Nov.* 17. *cap.* 2. nec non illi qui cum his litigant, *l. ult. C. de fruct. & lit. expens.*

† Jure Saxonico Electorali, temere litigantes quidem ex officio etiam in expensas condemnari possunt, *O. P. S. t.* 36. §. *So wollen wir verb. Da es auchgleich nicht gebeten wurde, doch zu des Richters Ermæssigung*, vo. Carps. P. 1. C. 31. *d.* 20. tutius tamen est, partem expresse petere, ut adversarius in expensas condemnetur, *ob d.* §. verb. *auf Gegenparts Bitt und Begehren.* cum, prævia hac petitione, judex expensas non facile compensare possit, sed victum ad earum restitutionem adigere teneatur. Carpzov. *Proc. t.* 24. *art.* 1. *n.* 32. Zigler. *ad d. t.* verb. *auf des Gegenparts Bitt und Begehren.*

* Etiam in Saxonia, ubi expensæ decimam litis sæpissime excedunt. Solet autem apud nos, quoties pars victa in expensas totius Processus condemnatur, terminus præfigi † ad procedendum super liquidatione, quæ, una cum citatione, ei transmittenda est, Svendendorfer. *ad Fibig. Proc. p.* 921. quo facto liquidationem sequitur Judicis moderatio. *Id l. c. p.* 927. Unius autem vel alterius termini expensas judex moderatur, licet pars ad earum liquidationem non responderit. Carpzov. P. 1. C. 32. *def.* 8.

† Quod & novissimo Jure licet; addenda tamen citationi comminatio, citato non comparente, aut non respondente, ex officio decretum iri, quo in casu, neque sumptus in leuterationem, aut appellationem post sententiam definitivam facti, nisi in sententiis super illis latis leuterans, aut provocans, in expensas retardati processus simul sit condemnatus, neque ii, quos ille, cui sunt instituendi, sua mora aut contumacia, ut fierent, effecit, sunt computandi. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 36. §. 4.

** Imo sicuti, quoties utraque pars probabilem litigandi causam habuit, expensæ plerumque compensantur, ††. *d. Tit* 34. *O. P. S.* ita, inprimis quoties condemnatio ex juramento Actoris suppletorio secuta est, expensæ ei non facile apud nos adjudicabuntur. Carpzov. *P.* 1. *C.* 31. *def.* 16. *seq.* Sed nec Actor, tanquam temerarius litigator eas refundere jubetur, licet reus, præstito jurejurando, super causa principali delato, ab actione absolvatur, siquidem Actor, præstito calumniæ juramento, temeritatis suspicionem a se quodammodo removit. Carpzov. *P.* 1. *def.* 46.

†† Parcius tamen impensæ novissimo jure sunt compensandæ: nec ex ea unice ratione, quod inter propinqua cognatione conjunctos, inter Dominum jurisdictionis & eidem subjectos, inter Parochum & Parochianos lis sit disceptata. Compensandæ omnino sunt ob Juramentum judiciale delatum & præstitum, item præstito Suppletorio aut purgatorio, ita tamen, si jusjurandum ipsam Causam aut præcipuam Exceptionem concernat. Si super uno alterove puncto aut articulo juratum, si juramentum delatum nec præstitum, aut relatum & a deferente prævio Malitiæ juramento præstitum, in refundendas impensas pronunciandum est. *O. P. A. R. I. & E. Tit.* 36. §. 5.

*** Apud nos paupertas ab expensis non liberat, sed pauper, qui frivole litigavit, si expensas præstare nequeat, carcere coercetur, Svendend. *ad Fibig. p.* 39.

expens. ubi Giph. *in comment*. Item, qui cognatione aut adfinitate victori sunt juncti. *per l. pen. de jur. dot. l. 22. de Re Jud.* Denique unus in Jure casus datur, *ἐκ παραδόξου*, quo victor ipse victo in impensas damnatur, si absens ex contumacia causam obtinuerit. *d. l. 13. §. 2. versic. Sin autem C. de judic.* *

4. (d) Sequitur tertius contra temerarium litigatorem modus, INFAMIA, quae definitur, læsio existimationis, per quam quis honestorum virorum numero ob vitæ turpitudinem eximitur. *l. 8. C. Ex quib. caus. infam. irrog. l. 2. C. de dignitat.* Ab hac, ignominiam ita distinguunt, quod omnis infamia sit quidem ignominia, non contra omnis ignominia infamia. D. Wissenb. *ad tit. D. de his, qui not. infam. th.* 1. Atqui passim pro infamia poni ignominiam cernas in *l. 2. d. tit. &c.* Imo in *l. 20. eod.* Læsio pudoris opponitur ignominiæ, adeoque ignominiam pro ipsa juris infamia necesse est illic sumi. Vulgo duplex statuitur Infamia, Juris & Facti; quarum illa vi legis, altera ex opinione gravium & prudentium virorum proficiscatur. Hæc quidem non est usus in Jure nullius, ut apparet ex *l. 2. de obseq. parent. & patr. præst. l. 27. C. de Inoff. testam. l. 20. 21. & l. 22. de his, qui not. infam. l. 13. l. 17. & l. 19. C. ex quib. caus. inf. irrog.* sed de priori hic tantum agitur. Quæ vel immediate ex lege, vel sententia interveniente vel denique pacto oritur; quæ tria genera recensentur in *l. 1. D. de his, qui not. infam.* & explicantur a Donello 18. *comm. c. 6. & seqq.* Exempla, quæ hic in §. 2. habentur, furti, rapinæ, injuriarum, de dolo, pertinent ad tertium genus; qui enim damnati vel pacti sunt ex his causis, fiunt infames, idque ideo, quod pacti pro confessis habentur. Atqui in *l. 7. §. 14. D. de Pactis*, de furto pacisci lex permittit, est scriptum; sed responde ex *l. 6. §. 3. D. de his, qui not. infam.* pacisci licet precibus sine pretio, sed qui pecuniam dat, ille demum fit infamis. Adde, etiam ante litem contestatam; nam post litem contestatam prohibet SCtum Turpilianum; sc. si criminaliter agatur. *l. ult. de Prævar. l. 1. de bon. eor. qui ant. sent.* Præterea in §. 2. *h. t.* sunt quatuor contractuum actiones, Tutelæ, Mandati, pro Socio, Depositi: in quibus contractibus propter exuberantem bonam fidem, qui de dolo damnantur fiunt infames, si proprio nomine directisque actionibus sint damnati. §. 2. *h. & d. l. 1. de his, qui not. infam.* Vetus hæc fuit Romanorum disciplina, ut hæc judicia famosa haberentur; teste Cicerone *pro Cæcin. in narrat. Qui per tutelam*, inquit, *aut societatem, aut rem mandatam, aut fiduciæ*, hoc est depositi, *rationem fraudavit, &c. est turpe judicium.* Ratio, quod in his contractibus fidei maximum vertitur officium, cujus non servatæ conspicua turpitudo est; Sed tria requisita, quæ concurrere debent, ac modo sunt obiter collocata, pressius inculcanda videntur. Primo requiritur, ut de dolo Reus sit condemnatus & de perfidia, *l. 6. §. ult. de his, qui not. infam. §. 6. Inst. de susp. Tut.* nisi quod lata culpa pro dolo habeatur, ita ut disputavimus ad *d. §. 6.* Et de hac lata negligentia velim intellectum Ciceronem in *orat. pro Rosc. Etiam negligentia*, inquit, *in crimen mandati, judiciumque infamiam revocatur. &c.* Neque turbant ejusdem verba in *ead. Orat.* paulo ante, ubi, *In minimis rebus*, ait, *qui mandatum neglexerit, turpissimo judicio condemnari necessum est.* Intellige negligentiam latam, sine discrimine, res parvæ sint an magnæ. Alterum est requisitum, ut Reus proprio nomine sit condemnatus, *l. 1. & l. 4. §. ult. d. t. de his, qui not. infam.* quæ est addita conditio, ne procuratores, adversus quos sententia fertur, ut & tutores atque curatores, infamiæ notam incurrant. *l. 6. §. 2. eod. tit.* Cujus quidem instituti ratio non est obscura; sed non æque expeditum, quare dominus litis hoc casu non fiat infamis, & cur ille dando procuratorem justissimam infamiæ notam evitet, ut eum facere, ex *dd. ll.* & ex *l. 2. de obseq. parent. & patron.* cognoscitur. Eadem *l. 2.* suggerit responsionem, quando monet, dominum, licet aliter fieri non potuerit quam ut verbis Edicti non notaretur, opinione tamen hominum & quidem gravium virorum, adeoque re ipsa, non effugere ignominiam. Denique directis actionibus oportet esse condemnatos qui fiant infames, non contrariis, & ratio in *d. l. 6. §. ult.* redditur, quod in contrariis actionibus non agitur de perfidia, sed tantum de calculo restituendisque impensis. Hactenus de contractibus famosarum condemnationum.

DE

(d) *Pos.* 11.

* Merito hunc casum *l. 13. §. 2. C. de judic.* inter paradoxa juris refert Dn. Autor, ac vix est, ut in Saxon. hujus legis, hac ex parte, usus obtineat, cum haud facile possit contingere, ut pars contumax victoriam aucupetur, ob pœnas contumaciæ *O. P. S. t. X.* definitas. Imo, licet pro Leuterato aut Appellato non comparente, judex, qui appellantis aut Leuterantis gravamina videt esse inania, sententiam ferat, ipsum tamen, ob absentiam, in expensas non poterit condemnare. *a. d. T. X. §.*

Digitized by Google

DE ANTIQUO MORE VOCANDI IN JUS.

5. (e) In §. *ult.* Res fugitiva, ut more Cujacii loquamur, id est ad Rubricam non pertinens, tractatur, scil. de principio Judicii, quod est in jus vocatio; sumitur enim Judicium late vel stricte. *Late* capit initium ab in jus vocatione, & definit in executione. Stricte incipit a litis contestatione, & definit cum sententia, quæ est ultima judicis de lite pronunciatio, continens vel absolutionem Rei vel condemnationem certam Actoris aut Rei. *l.* 1. *de re jud.* (hoc obiter; nam alibi locus erit de his rebus ex professo agendi.) In jus vocare, de quo hic agitur, est vocare adversarium ad eum, qui jurisdictioni præest juris experiundi gratia. *l.* 1. *D. de in jus vocando.* Olim fiebat arbitrio & petitione privati cujasque actoris, qui adversarium suum passim obvium in jus vocare & invitum rapere poterat obtorto collo, nisi satisdaret, quod certo tempore se judicio futurus esset, ut latius *ad Pandect. tit. In Jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.* Hoc operæ pretium est inquirere, sitne verum, quod diximus, olim apud Romanos in jus vocationem fuisse factam a quolibet actore privato, cum vi etiam coactiva, si vocatus sequi nollet. Magni enim nominis auctores dissentiunt; Robert. 3. *sent.* 1. Donell. *ad l.* 22. *de Reb. cred. n.* 3. & σφόδρα Bachov. *ad* §. 12. *I. de Action.* habentque præjudicium grave contra vulgus sententiæ; scilicet gravitatem sapientiamque Romanorum, a qua tumultuarius ille in jus vocandi modus nimium abhorrere videtur. Sunt tamen apud veteres tam evidentia moris ejus vestigia, ut sine vi manifesta interpretationis hæc veritas negari nequeat; nihilominus, ut libens concedam, inter honestos & homines gravitatem professos, hoc coactionis institutum non fuisse usitatum, verum illos aut ultro esse secutos, aut civile laxamentum sibi mutuo indulsisse, vel si quis importunius instaret, dedisse fidejussores judicio sistendi causa. In XII. tabulis sic fuisse scriptum, tradit Gellius *lib.* 10. *c.* 1. *Manus injectio est, in jus ducito*; & alibi; *Si calvit pedemve struit, manus endo jacito, fragm. XII. tabb.* & *Si in jus vocat, ni eat, manum injicito.* Cujac. 7. *obs.* 16. Ad vivum hæc consuetudo describitur ab Horatio *lib.* 1. *Satyr.* 9. *in fine*; Quos versus oportet consideremus. Agit Poëta de homine importuno, qui ipsum in via meditabundum adortus amittere nolebat. *Donec*, ait,

> *Casu venit obvius illi*
> *Adversarius, & quo tu turpissime? magna*
> *Exclamat voce, & licet antestari? Ego vero*
> *Oppono auriculam; rapit in jus, clamor utrinque,*
> *Undique concursus; sic me servavit Apollo.*

Sic ab illo me expedivi, ait Poëta. Quod testimonia Terentii & Plauti rejicit Bachovius, non est quod multum refragemur, quia Comœdiæ illorum fere sunt Græcæ, moribusque Græcorum accommodatæ; tametsi Bachovius hac ratione, quod sciam, non utatur, sed Comicorum Poëtarumque auctoritatem Justiniano objici non patitur: Quod equidem in comparatione autoritatis Legislatoriæ quis neget? Verum de historia seculi illius si agatur, nihil causæ video, cur hominibus eorundem temporum neganda sit fides eorum quæ viderunt; Enimvero id facile animadverti potest, sitne Poëtica licentia fingendi, an ex hypothesi moris recepti loquantur: quod de istis Horatii versibus non potest, quin omnino sit dicendum. *Casu venit obvius illi Adversarius*, inquit. Ergo sine ullo Præcone vel antecedente citatione fortuito occursu, modo Prætor sederet, privatus a privato vocari potuit. *Et quo tu turpissime? Magna exclamat voce.* Videmus, quomodo fæx populi hunc morem privatæ vocationis exercuerit, indigne sæpius & proterve, non secus apud Lucianum, in ἁλιεῖ & alibi; Ἑλκύσαμέν σε, ὦ κατάρατε, &c. ἕπου ὑμῖν πρὸς δικαστήριον; &c. Sic alias apud Comicos cum lenonibus & id genus hominibus agitur; quod alii cives & ordines honoratiores sine dubio procul habuere, si modo semper; Nam ex Suetonii Augusto *cap.* 38. colligi posse videtur, equites Romanos in solenni transvectione equestri coram Censoribus, tæpe detractos fuisse ab iis, qui in jus eos vocarent; siquidem Augustus id prohibuit. Imo diserte, id antea fieri solitum, affirmat Suetonius. *Et licet antestari.* Ea Lege XII. Tabb. Antestatio cum in jus vocatione conjuncta esse debebat, hoc est, Actor, (sic dictus, si credimus Theophilo ad *pr. Inst. de Action.* παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγνώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον, *ab agendis ad tribunal reis*, quæ licet falsa etymologia, tamen & hanc consuetudinem adieverat.) Actor, inquam, reum obvium in jus vo-

(e) *Pos. ult.*

Digitized by Google

vocans testes adhibebat, quos vel ea gratia secum sumpserat vel casu præsentes requirebat. Etenim si intestato fieret vocatio, non poterat Actor reum deinceps in id quod interest convenire, qualis actio prodita est *in tit. D. In jus vocati ut eant*; siquidem Rei procaciam probare non poterat. Antestari autem ab *ante* & *testari* dicitur, προδιαμαρτυρηθῆναι; quia fiebat antequam Reo manus injicerentur, ut probat Cujacius 7. *observat. c.* 16. licet in XII. T. ita fuerit, *manum injicito, encapito antestari*: sed res loquitur, testes prius fuisse rogandos antequam tumultus rapiendi oriretur, idque locus Horatii noster indicat, & forte vocabulum *ancapito*, id est, *incipito*. *Ego vero oppono auriculam*. Moris erat, ut qui testem adhibebat, aurem ejus contrectaret. Lex Bajuvaria; *Testis*, inquit, *per aurem trahi debet*, Cujac. *ibid.* haud dubie, ut hoc signo admoneretur rem gestam memoriæ committere. Ait igitur Poëta, se fortuito præsentem adhibitum fuisse testem in jus vocationi, præmissa rogatione actoris, *& licet antestari?* Sequitur; *Rapit in jus*; Est actus ipse, cujus gratia fiebant reliqua. Loquitur vox *rapit*, quam placide ea vocatio sit instituta. Idem cætera, quæ sequuntur indicant; *clamor utrimque, undique concursus*. Non temere esse videtur, quod Viri Clarissimi dissentientes, in civitate bene morata ejusmodi tumultus quotidianos admodum deformes nec tolerandos putant. Sed, ut dixi, non est verisimile frequenter id accidisse. Nec tamen in ipso jure nostro desunt loca e quibus ille mos probari queat; Nam quorsum alioqui referas, quod est *in l.* 18. *de in jus vocando*; *Plerique putaverunt, nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri*. Et in *l.* 21. *Sed etsi is, qui domi est, interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet*. Textus, qui objiciuntur, sunt inprimis *l.* 5. *de Judic. l.* 9. *C. de bon. autor. jud. possid. l.* 54. *C. de Decurion.* ad quos post alios respondet D. Wissenbach. *Disp. ad h. tit. th.* 15. Bachovius adhuc triceps argumentum producit ex *l.* 11. *de In jus voc.* ubi ponuntur tres limitationes, quibus remittitur pœnale, judicium liberto qui patronum sine venia in jus vocavit. I. Si pœniteat libertum vocationis factæ. Atqui, excipit Bachovius, Atrox illa injuria non dilueretur sola pœnitentia. II. Si Patronus non venerit; At quomodo potest non venisse raptus obtorto collo? Inquit ille. III. Excipitur, si patronus non invitus vocatus sit; at quomodo potest violenter rapi volens? Quibus rationibus non deerit utique in arena, quod respondeamus.

6. In jus vocari possunt qui non prohibentur; quidam vero prohibentur penitus, quidam certo modo. Penitus prohibentur magistratus majores, quia nullum erat tribunal ad quod vocari poterant; qui funus prosequuntur, qui sacris adsistunt, qui uxorem ducunt, qui in jure stant. *l.* 2 3. 4. *de in jus voc. nec eos, qui propter loci religionem inde se movere non possunt*, ait *d. l.* 2. *de in jus voc.* Spectat hoc, ut videtur, ad superstitionem veterum, qui variis ominibus & præsagiis omni die absterrebantur ne ex aliquo loco discederent; ut, si intrasset in ædes ater alienus canis, si anguis per impluvium deciderat de tegulis, gallina cecinerat, si interdixerat hariolus, si haruspex vetuisset, ut apud Terentium est, *in Phorm. Act.* 4. *sc.* 4. aut si lacinia consurgenti alicubi obhæsisset, quod Neroni omen oblatum iter Alexandrinum impediit, apud Sueton. *Ner. c.* 19. *Qui equo publico in causa publica transvehuntur*; Quod recte Cujacius de solenni transvectione equitum Romanorum accepisse videtur, ut & verba *d. l.* 2. cum notissima consuetudine transvectionis, & locus ille Suetonii modo citatus monstrare videntur; licet displiceat D. Wissenbachio ad *tit. D. de in jus voc. th.* 10. qui cum aliis ea verba de omnibus iis, qui equis publicis in causis publicis vehuntur, intelligi volunt. *Certo modo* prohibentur parentes & patroni, non aliter quam venia a liberis libertisque impetrata, * partim, quia prætor pati nolebat ut personæ venerabiles invitæ raperentur, partim quia examinandum putabat, forte an Actio famosa, quod non liceet, adversus eas institueretur *l.* 10. §. *penult. D. de in jus vocando*. Qui veniam neglexerat, hic aureis 50. mulctabatur, ut dict. ad *tit. de Action.* §. 12. Cæterum, de litis contestatione, quæ est initium judicii stricte sumpti, (& potest definiri, quod sit inchoatio litis, per intentionem Actoris & contradictionem Rei apud Judicem, qui causam audire cœpit, *l. un. C. de lit. Contest.* Cujac. *parat. C. ibid.*) ad tit. D. *de Judiciis* agendum. vid. *supr. de Except. a pr.*

TIT.

* Hæc veniæ petitio nec Saxoniæ nec communi Germanorum Jure necessaria est, cum citationes non amplius privata vi, sed judicis fiant autoritate. Confer. tamen Schilt. *Ex. ad* ff. 3. th. 3. ubi Jure Würtembergico adhuc veniam in citandis parentibus impetrandam esse docet.

TIT. XVII.

De officio Judicis.

I. Quid Judex & jus dicens differant. II. Judicis officium in genere. III. Quale hoc, si aliter ei de facto quam e probatis constet. IV. Ejus officium pro natura actionis variare. V. Quale in actione noxali. VI. In actione in rem. VII. In ad exhibendum. VIII. In fam. ercisc. & comm. divid. IX. In finium regundorum. X. Distinctio. XI. Divisio. XII. Finis officii judicis.

ULtima Judicium constituens persona, est Judex, qui in genere est vir bonus ad lites decidendas publice constitutus. Videtur hæc definitio sic esse comparata, ut quoslibet Judices, qui in Jure nostro habentur, comprehendat, tam qui cum Imperio & Jurisdictione, quam qui sine Imperio nuda notione funguntur. Sciendum enim, generali vocis usu, etiam magistratus, qui Imperio sunt præditi, judices appellari. *l.* 1. *de Judic. Rubr. D. de reb. auct. Jud. possid.* Unde *Majores* Judices in *l.* 32. §. 7. *d. recept. qui Arbitr.* Sed plerumque Magistratus & Judices separantur, *l.* 2. *de R. J.* Judicumque nomine intelliguntur hi, qui & Judices dati & speciales Judices & Pedanei & delegati appellantur, *l.* 46. *de Jud. l. pen. Jud. sol. l. ult. de off. Præt. l.* 4. *de Tut. & curat. dat. l.* 3. *Ne quis eum, qui in jus voc. l.* 5. *de off. Præf.* adeo, ut Jure Pandectarum nomen Judicis simpliciter positum, de Judice pedaneo intelligatur, qui a prætore dabatur ad causam cognoscendam ferendamque sententiam; sed jure Codicis ipsi Magistratus judicare sunt jussi, l. 2. *C. de Pedan. Jud.* itaque Judex & Jurisdictio fere jam æque late patent, loquente rubrica *C. de jurisdictione omnium judicum*, & hoc latiori sensu utimur in præsenti *tit.* Sunt tamen, qui in definitione, quam dedimus, Judicis, non acquiescunt; & primo, quod genus attinet, negant, Judicem esse Virum bonum semper, quod est verissimum; sed non minus est verum Judicem esse debere bonum virum, & in definitione considerandum, qualis esse debeat & qualis præsumatur, non qualis in cute vel intus animo sit. Boni & innocentis viri officio fungi Judicem oportet, ait *l.* 4. §. 1. *Famil. ercisc.* Ac rursus, *ad Judicem, id est, ad virum bonum*, interpretatur *l.* 137. §. 2. *de V. O. Arbitratu Judicis quasi viri boni*, ut ille modum verberum imponat. *l.* 17. §. 5. *de Injur.* Non addidimus tamen *Juris Peritus* quia hoc in omni Judice non requiritur; Majores enim Magistratus non necessario oportet esse juris peritos, siquidem errata eorum Adsessoribus imputantur, qui jus illis suggerunt. *l.* 2. *Quod quisque jur. in al.* juncta *l.* 1. & *l. pen. de off. Adsessor.* Nec quidem jure novo hæc res aliter se habet, ut apparet ex *N.* 82. *in pr.* Diximus in definitione, constitutum esse Judicem *publice* ad decidendas lites, ut ab arbitro distinguatur, qui partium compromisso ad instar judicis eligitur. *l.* 1. & *l.* 3. §. 1. *de recept. qui arbitr.* Manifestum autem est, iis verbis tam eos, qui immediate a summa potestate, quam & eos qui a magistratibus judicandi potestatem accipere solebant, esse comprehensos; de quibus utrisque latius ad *tit. D. de Jud.* A. Matth. *disp.* 3. *de judic. th.* 3. & *seqq.*

2. (a) Porro judicis officium quod attinet, officii vox generaliter quasi efficium dicitur, *ab efficiendo, quod unicuique personæ congruit*, auctore Donato *in Adelp. Terent. act.* 1. *sc.* 1. & Seneca *l.* 2. *controv.* 5. Est officium, facere quod debeas. Proinde Judicis officium est, facere quod Judicem, qua talem, facere & observare Leges præcipiunt; *Judici, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcunque in judicio versantur*, ait *l.* 25. §. 8. *de Ædil. Ed.* Summa ejus proponitur in *pr. h. t.* ita judicare, quemadmodum legibus & moribus proditum est. Nam si contra leges expresse sit judicatum, sententia est ipso jure nulla, * ut nec appellatione sit opus, *l.* 19. *de Appellat. l.* 4. §. 6. *de Re Jud. l.* 1. §. 2.

(a) *Pos.* 1. 2.

Quæ

* Querela nullitatis, quæ jure civili perpetua est, ac triginta demum annis præscribitur, *a. l.* 3. *l.* 4. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* Carpzov. *P.* 1. *C.* 26. *def.* 21. *n.* 10. Jure Saxonico, contra sententiam, intra Terminum Saxonicum a tempore publicatæ sententiæ computandum movenda est, *O. P. S. t.* 31. *pr.* licet sententia lata Juri sit in thesi, ut loquuntur, contraria. Zigler. *ad d. tit. pag.* 208. Contra decretum tamen (*einen Abschcid*, *Bescheid*,) aliumve actum Judicialem, nullitatis querela durat 31. ann, 6. sept. & 3. d. Swendend. *ad Fibig. Proc. p.* 914. Carpz. *Pr. t.* 19. *a.* 3. *n.* 18.

Quæ sentent. sine appellat. rescind. l. 2. C. Quando provoc. non est nec. si vero contra jus partium sit pronunciatum, vel indirecte contra leges, appellatione rescindi debet. *tot. tit. D. de Appellation.* Ex. gr. Judicatum est, minorem annis 14. recte fecisse testamentum, sententia est ipso jure nulla. Rursus, visum est judici, testamentum recte esse factum, eo quod ætas testatoris satis ipsi probata videatur, valet judicatum donec appellatione rescindatur. Giphan. in *l. 5. C. de Legib.*

3. (b) Vetus Quæstio est, quid Judex facere debeat, si aliter ipsi de facto constet propria scientia, quam liqueat ex actis & probatis. Dicendum, tutius esse, ut hoc casu judicando abstineat, quia nec adversus conscientiam judicare religio, nec contra acta atque probata utilitatis publicæ ratio permittit; nisi sit judex *ἀνυπεύθυνος, qui rationem judicati reddere nulli cogatur*, qualis nemo est, præter ipsum Principem, Don. 6. *comm.* 1. Amel. 5. *de Consc. c.* 54. *qu.* 5. Bronc. 1. *antin.* 14. Witenb. *ad h. t. th.* 23. qui respondent ad *l. 79. §. 1. de Jud. & ad l. 6. §. 1. de off. Præs.*

4. (c) Cæterum, Judicis officium pro natura cujusque actionis variat, nec ulla difficultas est, cognita alicujus actionis natura, judicis officium circa illam cognoscendi. Sed non est omittendum heic, sæpe jus actionis & officium judicis inter sese opponi. Jure actionis sive obligationis venit hoc, quod palam inest conventioni & quod in actione exprimitur: Et officio Judicis, quod natura negotii implicite fert & per consequentiam exigit. Hoc evidens inprimis est in bonæ fidei judiciis, de quibus in hanc rem Paulus in *l. 7. de Neg. gest. Tantundem in bonæ f. judiciis*, inquit, *officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio*. Exemplum in fine *l. præced.* habetur; usuræ promissæ debentur ex jure obligationis & actionis; non promissæ, ex officio Judicis in bonæ fidei negotiis.

5. (d) Atque hoc implicitum adjudicandi munus intelligitur, quando κατ' ἐξοχὴν judicis officium appellamus, eoque potissimum spectant exempla, quæ in *hoc tit.* recensentur; in quibus primo quidem innuitur quid judex secundum propriam actionis naturam decernere debeat; sed inprimis hoc agit Cæsar, ut doceat, quid eum insuper jubere præstari oporteat. Ita in actione noxali, de qua §. 1. directe quidem reus damnandus est ut damnum sarciat, idque est in obligatione; sed officio judicis continetur, ut reum noxæ deditione liberum esse præcipiat; nam hæc est in præstatione, *l. 6. §. 1. de Re judic.* tametsi præstatio illa & officium ipsa lege præscribatur, ut alias fit plurimum.

6. (e) In actionibus in Rem, directe faciendum est judici ut reum absolvat vel condemnet ad restituendum, §. 2. *h.* sed fructus percepti, qui non sunt pars rei singularis, non veniunt in rei vindicationem, sed officio judicis adjudicantur. *l. 35. §. 1. de R. V.* Præterea, quanquam res continuo post sententiam restituenda sit, potest tamen judex aliquid laxamenti indulgere damnato ex causa, modo caveat, & hoc est officii. *d. §. 2.* In personalibus, quibus in quantitatem fit condemnatio, olim dabantur justi dies triginta, ut erat in LL. XII. Tab. quibus condemnati solutionem conficerent; hodie spatium quatuor mensium competit liberum ab usuris; intra quod si non solvatur, Usuræ maximæ, id est centesimæ præstantur, *l. ult. C. de usuris Rei judic.* Moribus hodiernis nullum condemnatis laxamentum indulgetur. * In eodem §. fit quoque mentio hereditatis petitionis, in qua ferme eadem ratio est, quæ in rei vindicatione, tam quod ad rem ipsam, quam quod ad fructus attinet; nisi quod in Rei vindicatione speciali judicis officio fructus veniunt, in hereditatis petitione sub ipsa actionis natura comprehenduntur; quia fructibus augetur hereditas, ideo-

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 5. 6. 7. 8. (d) *Pos.* 9. (e) *Pos.* 10. 11.

* *Jure Saxon.* in actionibus realibus, *in dinglichen Klagen*, item mixtis, & in rem scriptis, ac personalibus quoque, si debita res in specie penes reum in natura extet, e. g. in actione depositi, commodati, quoties reus ad certam rem actori restituendam condemnatus est, ead nique exislit, injungitur ipsi restitutio, quam si intra 14. dies non fecerit, executio suscipitur, ac res mobilis aufertur & actori traditur, in immobil in ipse immittitur, *O. P. S. t.* 39. §. *nemlich wenn ein Urthel* Carpzov. *P.* 1. *C.* 30. *def.* 3 Svendend. *ad Fibig. p.* 911. Injungitur autem ipsi restitutio, postquam sententia condemnatoria in rem judicatam transiit, *d. t.* 39. *pr.* ac a parte facta fuit eo nomine imploratio, *d. pr.* In actionibus autem personalibus, *als um Schuld und andere dergleichen*, reo imperatur, ut intra Terminum Saxonicum, a die insinuati præcepti executivi computandum, actori satisfaciat, simulque certus dies præfigitur, quo, si solutio intra præfinitum haud facta sit, executio suscipi debeat, *d. tit.* 39. *O. P. S.* §. *Wenn aber das Urthel auf persönliche* vid. Carpzov. *P.* 1. *C.* 31. *def.* 4. Atque hic terminus etiam in executione ex instrumento guarentigiato attenditur, *Dec. El.* 2. *j. Dec. El.* 41. Carpzov. *d. l. def.* 4. Aliud vero spatium executioni sententiæ ob actionem personalem latæ, definitum est jure Sax. communi, ubi in *l. R. l.* 1. art. 5. & *l.* 1. *a.* 10. debiti solutio sub pœna executionis intra quindenam, *uber* 14. *Tage*, imperatur. Schilter. *Prax. Exerc.* 45. §. 26.

ideoque petiti censentur, etsi nulla eorum mentio facta sit in libello. *l.* 20. §. 3. *de hered. pet. l.* 1. *C. pet. hered. l.* 35. §. 1. *de R. V.*

7. (f) Eadem ratio est in Actione ad exhibendum, quæ datur his quorum interest, ut detur sibi copia rei videndæ & explorandæ; Jus actionis hoc est; Reum vel absolvere vel condemnare ad exhibendum, si rem teneat & Actoris probabiliter intersit, cum fructibus & eo quod interest & omni causa, §. 3. *h.* ubi nota, quo sensu fructus & id quod interest, &c. nomine *causæ* veniant, quatenus *eam causam habere debet actor, quam habiturus esset, si nulla mora facta fuisset*. Denique tempus ad exhibendum petenti negandum vix est, modo caveat exhibiturum, idque est *officii d.* §. 3. Cæterum est hæc actio in personam, sed in rem scripta, & datur adversus quemcumque rei possessorem. *l.* 3. §. 3. *D. ad Exhib.*

8. (g) De actione familiæ ercifcundæ & communi dividundo, habuimus ad *tit. de oblig. quæ quasi ex contr.* proprie & præcipue tendunt ad æqualem rerum divisionem, idque secundum præcedentem, si qua sit, conventionem, aut præscriptum Testatoris, qui partes facere potest inæquales, salva legitima vel Falcidia, *l.* 10. *C. Famil. ercisc.* idque tam in oneribus quam in commodis. *l.* 20. §. 5. *D. eod.* Quod si non omnia, sed pars rerum inæqualiter a Testatore divisa sit, in cæteris æqualitas servanda pro virilibus aut hereditariis partibus, *l.* 32. *D. & l.* 21. *C. Famil. ercisc.* quos textus noli putare contrarios esse, ut aliqui volunt, etiam Wissenbach. ad *d. tit. ff.*

SCHOLIUM.

Non puto Autorem viriles & hereditarias partes hic synonymice usurpare, quod facit Wissenb. ad ff. famil. ercisc. th. 11. *ab hoc enim dissentit in præsenti positione. Sed hæc videtur ejus mens esse, hereditarias partes tum esse observandas, si pater liberos inæqualiter instituerit; si minus, viriles, quod probo.*

RESPONSIO.

Explicabitur hæc res ad Pandectas h. t.

Quod si res æqualem divisionem non recipiant, tum causa ad *officium* redigitur, ut fiant *adjudicationes*, per quas rerum inæqualitas per pecuniam ad æqualitatem reducatur. §. 4. & 5. *h. l.* 52. §. 2. & *l.* 55. *Fam. ercisc.*

9. (h) Jus actionis & officium judicis in Actione Finium regundorum, ex definitione illius Actionis colligi potest; Actio autem finium regundorum inter eos datur, qui habent confines agros, ad hoc, ut fines veteres declarentur, aut, si id fieri nequeat, novi per Judicem constituantur. In quibus dirigendis sæpe fit, ut particula ex unius agro decerpatur, alterique tribuatur & adjudicetur, pro qua tum hic pecuniam alteri solvit, §. 6. *h. tit.* quod inprimis est *officii*. Et hæc quidem de his actionibus exempli causa hoc titulo exponuntur, quæ latius deducere visum non est; cum heic tantum obiter inciderint; Singularum sedes rerum in Pandectis explicandæ sunt. Cæterum, illis adjudicationibus dominium immediate transfertur, §. *ult. h.* Ulpian. *tit.* 19. §. 16. aut si res aliena sit, usucapiendi conditio. *l.* 17. *de usucap.* Alioqui per sententias non transfertur dominium, ne quidem in rei vindicatione, sed declaratur tantum in ea, dominium pertinere ad petitorem, per *l.* 6. §. *ult. de Re judic.* Cont. *dis. jur. cap. de mod. adq. dom.* 12.

10. Ex his quæ dicta sunt, intelleximus officium Judicis egredi non debere terminos legis, nec aliter eum posse judicare, quam natura cujusque actionis & obligationis ferat; *νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον, legibus cognitam edere potest sententiam. Nov.* 26. *cap.* 1. Igitur quando officium ejus vertitur circa civium conventiones, ipse de suo nihil addere potest, verum id, quod inter partes actum est, officium judicis sequi debet; nec Princeps quidem addere potest aliquid aut detrahere juris quod ita partibus quæsitum, §. *ult. supr. de his, qui sui vel al. jur.* nedum Judex, qui Legum solummodo minister est, invitis quicquam obtrudere possit. Atqui non raro Judicis officium, juri, quod ex obligatione vel natura cujusque actionis oritur, opponi videmus. Sic in *l.* 7. *de Negot. gest. Tantundem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio*. Similis oppositio obligationis & officii judicis est in *l. centum Capuæ* 8. *D. de eo quod cert. loc.* aliisque sine numero locis, de quibus vid. Brisson. *lib.* 13. *de V. S. verb. officium*. Videlicet, conditio obligationum æstimatur, vel ex eo quod aperte inter partes actum & expressum est, sive quod primo intuitu naturæ negotii inesse apparet, vel ex eo, quod tacito partium consensu per æquitatem manifestam obligationi implicitum est: cujus æquitatis ac taciti consensus Judex interpres & moderator est: minime vero credendum, in iis locis, ubi talis op-

(f) *Pos.* 12. (g) *Pos.* 13. 14. 15. (h) *Pos.* 16. 17.

Digitized by Google

oppositio reperitur, judicem egredi vim atque naturam obligationis. In bonæ fidei judiciis, de quibus *d. l. 7.* loquitur, hæc res indubitata est, nec enim neget quisquam laxitatem æstimationis, quæ Judici adscribitur in illis judiciis, oriri ex intima obligationum, unde nascuntur illa judicia, natura, ut ex iis, quæ ad §. 21. *supra de Action.* proposita sunt, intelligitur. Sæpe etiam extrinsecus ejusmodi singularia occurrunt, quæ judicis officium, extra quam inter partes actum est, inducunt; de quibus tamen non sit dubitandum, quin tacite partes consentiant, veluti in *l. ult. de Action. empt.* venditus erat servus, qui in hostium potestate erat: venditio valet, & servus est præstandus, ex vi contractus statim, sed officio judicis continetur, ut præstatio sustineatur donec tradi possit: Quis enim adeo sit iniquus emptor, ut in id non consentiat? Quin hujusmodi extensio obligationis, in stricti quoque juris actionibus aliquando fieri potest: Nam etsi minus ibi judicis interpretationi hac parte indulgeatur, tamen ejusmodi singularia incidere possunt, quæ judicem dubitare non sinant, quin etiam tacite inter partes actum videatur, quod verbis non est expressum, ut ex *d. l. centum Capuæ*, cujus latior interpretatio non est hujus loci, probatur. vid. D. Wissenbach. *ad tit. ff. de eo quod cert. loc.* Tenendum igitur, vel Judicis officium præcise ad normam Legis aut expressæ conventionis esse definitum, vel ex consequenti interpretatione Legis atque conventionis proficisci. Utroque sensu ex lege vel ex conventione esse oriundum; licet etiam utroque sensu obligationi opponatur. Etiam hoc, inquam, judicis officium, quod e lege expressa oritur, obligationi potest opponi, ut apparet in actione noxali; in qua præstatio damni sola est in obligatione, judicis tamen officium est reum quoque ad noxæ deditionem condemnare, non equidem suo arbitratu, sed e claro & speciali legis præscripto. *l. 6. §. 1. de Re Judic.* Serviet nobis hæc observatio non uni explicandæ difficultati, quæ subinde nobis in Arte Juris occurrent.

11. (i) Nescio, an huc referri possit vulgata officii Judicis divisio, in Nobile & Mercenarium, quæ quidem, si terminos verborum consideres, ignobilis & inepta; si rem, non omnino ab Arte Juris abhorrens videtur. Nobile vocant, quod per se subsistit & nulli inservit actioni, sive proprio motu, sive etiamnum ad partis petitionem Judex id fuerit impertitus; quo referunt, condere statuta, punire sontes, restituere in integrum, dare Tutores, & similia. Mercenarium dicunt, quod actioni instituta servit, ut decernere citationes, recipere exceptiones, interrogare testes, absolvere, condemnare. Consequenter, ad nobile officium pertineret etiam illa potestas adjudicandi ea, quæ ex implicita actionis natura atque circumstantiis æquitatis, denique tacito partium consensu in quoque judicio præstanda veniunt; item, quando judex ea, quæ desunt advocatis partium supplet. Defendit latius hanc divisionem Bachovius *ad h. tit.* Improbant Coras. 7. *miscell.* 9. Voet. *ad pr. h. tit. n.* 3.

12. Sed quando finitur Judicis officium? Hic inter Magistratus judicesque datos distinguendum. Ejus officium non potest aliter quam honore finito, idque morte vel tempore extingui; Judicis vero ad unam causam dati officium, finitur morte, *l. 60. l. 32. & l. 76. de Jud.* tempore, si hoc adjectum sit, *d. l. 32. & l. 2. §. 2. eod.* furore, *l. 46. D. eod.* Prohibitione ejus, qui dederat judicem. *l. 12. pr. & l. 58. eod.* Si quid litigatoribus acciderit, quo judicium inter eos amplius consistere nequeat, *l. 11. & l. 44. §. 1.* item excusatione, *l. 18. eod. l. 13. & tot. tit. de vacat. & excus.* denique sententia. *l. 55. de Re Jud.* Quid si Magistratus, a quo judex dictus est, successorem acceperit? Non finitur officium Judicis, *l. 49. §. 1. de Judic.* quamquam ita expresse Judicem dare non potest Magistratus, ut tum demum judicet, quando ipse privatus est futurus. Ita nulla pugna *d. l. 49. §. 1.* cum *l. 13. §. 1. de jurisd.* secus ac videtur D. A. Matth. *Disp.* 3. *de judic. th.* 17. Cæterum, ad singulas causas si respicias, plerisque jam dictis modis finitur etiam Magistratus ac Judicis perpetui officium. Plura de officio Judicis, vide sis lector in *observ. Pract.* Viri Cl. A. Matthæi Antecessoris Lugdunensis celeberrimi, *cap.* 2.

(i) *Pos.* 4.

Digitized by Google

TIT. XVIII.

De publicis Judiciis.

I. Quid Judicium publicum, in quo differat a privato. II. Divisio in capitale & non capitale. III. De crimine læsæ majestatis. IV. Pœna hujus. V. De adulterio. VI. Pœna adulterii. VII. De incestu ejusque pœna. VIII. De homicidio. IX. De parricidio. X. De crimine falsi. XI. De vi. XII. De peculatu. XIII. De plagio. XIV. De ambitu & repetund. XV. De crimine annonæ & residuorum. XVI. Conclusio.

(a) QUæ hucusque de actionibus dicta & disputata sunt, ad id genus actionum pertinent, quas hi soli, ad quos ea res vel injuria pertinet, instituunt; quæ exinde privata judicia appellantur: postremo loco subjiciuntur publica Judicia, in quibus cuilibet datur accusandi potestas, idque ex lege aliqua publicorum judiciorum §. 1. *h. l. 1. D. h. t.* Ejusmodi autem Leges inde nasci videntur, quod nominatim de *graviori* (hac voce occupatur Scholium satis prolixum D. Thomasii ad *Posit. 2. h. t.*) crimine latæ sunt, ut *Lex Julia* de læsa majestate & adulteriis, *L. Cornelia* de sicariis & de falsis, *Lex Pompeja* de Parricidiis &c. Duobus igitur requisitis differentia publicorum a privatis judiciis constat, quod & accusandi facultas cuilibet e populo datur, & quod e lege aliqua publici judicii, causa est oriunda. Primum discrimen solum non sufficit ad definitum satis limitandum. Nam & populares actiones dantur cuilibet e populo, nec tamen publica sunt judicia; quia non dantur ex aliqua lege publicorum judiciorum, ut e textibus & exemplis patet, ex *l. 12. de V. S. l. 8. in pr. de Jurisd. l. 5. §. 5. de his, qui effud. vel dejec.* Sufficiunt, inquam, illa discrimina in usum definitionis.

N. ADDIT.

Ut appareat, Scholium illud meum prolixum, quod modo Autor dixerat occupatum esse circa vocem gravioris criminis, *nihil minus intendere quam istud, opus erit, ut id apponatur integrum, cum duplex sit. In primo remiseram saltem lectorem* ad Philos. juris, §. 140. & ad Strauch. XIX. 4. p. 212. *de mea sententia, quoad differentiam delictorum publicorum & privatorum. Postea doctrinam hanc latius exposui* in differt. de abigeatu §. 7. seq. *quæ est differt. 13. inter Lipsienses. Secundum Scholium respexit doctrinam Autoris, etiam hic repetitam, de notis criminis publicis.* Dixeram igitur: *Sed & damnum injuria datum coercetur lege aliqua, scilicet Aquilia. Quod si urgeas, requisita criminum publicorum non esse separanda, sed aliam notam, quæ positione sequenti exponitur, addi debere, quod nimirum quilibet de populo ad accusandum admittatur in delicto publico, quod non fit in damno legis Aquiliæ; urgebo: nec illam notam esse perpetuam, sed vel ipso Autore* in Prælect. n. 1. in fine *concedente, in adulterio & crimine falsi de supposito partu, non omnes ad accusationem admitti,* Conf. Wissenbach. ad ff. de publ. Judic. th. 1. *ut ergo horum duorum differentiam a legis Aquiliæ damno expeterem. Video equidem, quod Autor jam effugium quærere velit in voce* graviori *crimine. Sed id minime sufficiet. Nam primo sic tria fient capita differentiarum publici Judicii a privatis, & ita falsum esset, ista duo sufficere. Deinde ista* gravitas *est terminus obscurus. Cur enim crimen adulterii aut partus suppositi gravius est, quam damnum legis Aquiliæ? Sane multa hic ulterius supponenda essent ad declarandum hunc terminum, quæ non possent comprehendi sub istis duobus requisitis hic repetitis.*

Altioris indaginis est differentia, quam Justinianus obiter indicat, cum ait, horum judiciorum esse magnam diversitatem *& in instituendo & in exercendo*. Nam in privatis cum ventum erat in jus, Prætor actione secundum formulam edita, cæterisque judicii præambulis perfectis, dabat judicem pedaneum, qui caussam cognosceret & sententiam ferret, quam dein Prætor exsequebatur. In publicis, Accusator nomen Rei deferebat ad Magistratus & subscribebat in crimen, hoc est, libello, quo summam accusationis complectebatur, subscribebat; se obligare semet ad pœnam talionis, si calumniæ convictus foret. *l. 3. de Accusat. & inscript.* Petebatur a Prætore dies inquirendorum criminum. Idem Prætor ex decuriis Judices

(a) *Pos. 1. 2. & 3.*

ces conscribebat, quorum nomina in urnam conjicerentur, ut ex his numerus judicum ad eam causam necessarius sorte duceretur, qui in leges jurabant: Prætor injuratus judicio præsidebat dum causa agebatur: ea peracta, judices mittebat ad dicendas sententias, in quem finem accipiebant tabulas absolutionis, condemnationis & ampliationis, quarum aliquam singuli in urnam conjiciebant: donec iis Lege Glaucia comperendinandi potestas est data. Vid. Ascon. Ped. *in 2. & 3. Verrin.* Brisson. *l. 2. antiqu. c. 1.* Borcholt. *ad h. t. in pr.* Moribus hodiernis accusationem publicam cuilibet civium competentem non esse amplius in usu, satis constat, Procuratore Generali ad eam ubique terrarum constituto. *

SCHOLIUM.

Quod Autor hic asserit, moribus hodiernis non quemlibet admitti ad accusationem de crimine publico, forte respexit ad ea, quæ habet Wissenb. d.l.th.3. *Sed apud nos, quamvis processus accusatorius non facile frequentetur, propter introductionem processus inquisitorii, accusationes tamen propterea non sunt prohibitæ, sed adhuc obtinent.* Carpzov. pract. Crim. quæst. 103. n. 17. & quæst. 104. 105. 106. *Ergo & quilibet de populo hodieque admittetur.* Carpz. d. qu. de accus. pos. ult.

RESPONSIO.

Verum est non videri prohibitos privatos. Sed ejusmodi exemplum non memini umquam extitisse, apud nos utique, difficulter admissum iri credo.

N. ADDIT.

Assentior jam Autori, nec apud nos exemplum ostendi posse ubi quilibet de populo admitteretur. Quod vero ita assertiones theoreticæ pragmaticorum etiam differant a praxi, causa est, inepta mixtura juris Romani & morum patriorum in processu criminali, a qua etiam ipsa constitutio Carolina, quam hodie pro norma sequimur, non est libera. Sed ea de re fusius alibi erit dicendi locus.

(b) Posset tamen divisio in publica & privata crimina sic etiamnum intelligi, ut publica sint, quæ directe vulnerant Rempubl. privata, quæ lædunt privatos in corpore, honore, bonisve. Hoc sensu crimen Majestatis, peculatus, repetundarum, residuorum & ambitus, publica, cætera privata forent; sed hic Justinianum sequimur.

2. (c) Ille distinguit Publica Judicia in capitalia & non capitalia. *Capitalia*, quibus pœna mortis naturalis aut civilis infligitur. *Non Capitalia*, quibus levior pœna, ut jactura bonorum &c. *l.2.de Pœn.l.2.de publ.jud.l.13. de bon. poss. l.33.§.2. de Procur.* §.2.*h.* Notandum autem, verbum *capitale* sumi vel stricte vel latius vel latissime: Stricte, pœnam sanguinis ultimam. *l.18.C. de transact.* Latius, ut hic, mortem & civilem & naturalem. *l.103. de V. S.* Latissime, criminalem, imo & famosam quamlibet significat, *d.l.*103. unde & relegatio pœna capitalis dicitur, *l.14.§.4. de Accusat.* quoniam infamat. *l pen.§.2. de extraord. cognit.* Imo adhuc latius apud Ciceronem aliosque veteres, Caput non modo vitam hominis, sed & omnem personæ statum, qui honores quoque & fortunas comprehendit, notat. Hinc causam Quintii, quamquam de re pecuniaria, Cicero capitalem *in orat. pro Quint.* aliquoties vocat; quia si perdet eam, inquit, futurum est, *ne Quintius in civitate sit, ne locum suum, quem adhuc honestissime defendit, obtineat, ne numeretur inter vivos, decernat de vita & ornamentis suis omnibus*; quæ, amisso patrimonio, consequi videntur. Sic & caput pro fama sæpe usurpat idem Cicero, non tamen sine improprietate; *si qua sunt judicia summæ existimationis & pene dicam*, ait, *capitis, tria hæc sunt, fiduciæ, tutelæ, societatis.Orat.pro Rosc.Com.* Denique infamia oritur ex omni judicio publico, sive capitali, sive non capitali. *l.7.de publ.jud.* Quod autem *supra* diximus Judicia publica cuilibet e populo dari, id Imperator limitat, addendo particulam taxativam *plerumque in* §.1.*h.t.* Nam est unum & alterum crimen publicum, cujus accusatio certis tantum personis datur, ut adulterium, de quo in *l.30.C.ad L.Jul.de Adult.* & falsum in supposito partu. *l.30. §.1. de L. Cornel. de Fals.* Sunt etiam personæ, quibus accusare non licet, *l.8. de Accusat. l.43.§.10. de rit. nupt.* de quibus heic latius agendi non est locus, quia non est visum Justi-

(b) *Pos. 4. & 5.* (c) *Pos. 6.*

* Apud nos quidem hujusmodi accusationes sunt infrequentes, competere tamen cuivis ex populo adhuc Jus in publicis Judiciis accusandi, testatur Carpzov. *Pr. Crim. qu. 106. n. 36. seqq. & qu. 167. n. 41. seqq.* & apparet ex *Resol. Grav. d. An. 1609. gr. 5. it. Ord. Provincial. d. Ann. 1555. tit. Von Unkosten. der peinlichen Rechtfertigung.* §. *Wel.hes verb. da kein. Kleger. verhanden.* Cessat autem apud nos in Accusatore non tantum inscriptio & talionis pœna, Carpzov. *d. qu. 106. n. 42.* sed & incarceratio, quam *Ord. Crim. art. 12. 14.* usquedum ab eo cautio præstita sit, admittit. Id. *d. l. n. 42.*

Digitized by Google

Justiniano de his rebus agere in Institutionibus. Pergamus ad singulas judiciorum publicorum species.

3. (d) Primum publici judicii Exemplum est, læsæ MAJESTATIS, quo tenentur hi, qui adversus summam potestatem Reipubl. cui sunt subjecti, deliquerunt. Majestatis vocabulum veteribus amplitudinem personæ & auctoritatem splendoremque respectu gloriæ ob virtutes, res gestas, aliaque significat. Ita Vellejus *l.* 1. *cap.* 10. filium Africani majoris *nihil ex paterna majestate, præter speciem nominis vigoremque eloquentiæ retinuisse narrat.* Juxta hunc sensum Lipsius optime *lib.* 1. *polit. c.* 16. §. 2. Majestatem Principis finit, quod *sit Reverenda quædam amplitudo ob meritum virtutum aut rerum affinium*. Sic etiam pro amplitudine Magistratuum usurpatur, ut cum Cicero in orat. contra Pisonem, ignorasse illum, ait, quanta sit *Majestas Consulatus*; eoque pertinent Ulpiani verba in *l.* 11. *de Justit. & Jur. Ubicunque Prætor, salva majestate Imperii sui &c.* At sub Imperatoribus cœpit ea vox paulatim ad τὸ κυριώτατον summæ Potestatis exprimendum adhiberi. Unde jam apud Vellejum hæc formula adversus Tiberium, *Majestatis ejus pace dixerim*. Et perspicuum est, in Lege Julia Majestatis, id vocabulum per excellentiam quoque positum esse, respectu summæ potestatis, quæ sit in Republica, & his diebus nihil est notius, quam omnium scriptorum usu Majestatem ita constanter usurpari. Porro Summa potestas definitur, Facultas moralis regendi civitatem, cujus actus alterius humanæ voluntatis arbitrio non possunt infirmari, ut optimus ejus rei magister dixit Grotius. *lib.* 1. *de J. B. & P. c.* 3. *n.* 7. *& seqq.* Cæterum, qua forma Reipubl. regatur civitas, nihil interesse, docet idem; Quippe procul dubio in Democratia & in Aristocratia, perinde quam in Regno, est Majestas. Hinc Lege Julia Majestatis tenentur, qui adversus populum Rom vel ejus securitatem aliquid committunt, ait Ulpian. in *l.* 1. *D. ad L. Jul. Majest.* Justinianus in §. 3. *h. t.* Legem Juliam Majestatis in *eos, qui contra Imperatorem vel Rempubl. aliquid moliti sunt, suum vigorem extendere*, scribit. Primo auditu videtur hic locus eorum favere sententiæ, qui duplicem volunt esse Majestatem, personalem atque realem; illam Reip. hanc populo convenientem. Sed nihil opus est, opinionem alibi refutatam his verbis confirmari. Ulpianus morem veteris Reip. secutus est, ac hypothesin Legis Juliæ, quæ sub Augusto lata fuit. Hic autem inter σοφίσματα politica hoc habuit, ut, cum summa potestas Reipubl. ipsi delata esset, eamque plenissime exerceret, in omnibus tamen publicis actibus locutiones antiquas, ac si Respubl. adhuc floreret, observaret, quemadmodum probavimus *lib.* 1. *c.* 25. *Digress.* Sed rursus aliquis dicet; an igitur Majestas penes Imperatorem & populum simul fuit, ut hic utriusque mentionem fieri videmus? Id quidem non potest; jus enim Reipubl. totum penes Imperatorem fuit: Proinde cum ait, *adversus Imperatorem*, intelligit personam Cæsaris; verbis *contra Rempubl.* molimina contra publicam tranquillitatem indicantur, ut tamen hæc etiam a Majestate Cæsaris æstimentur. Nam quod Cæsaribus Romanis summa Reipubl. potestas vere ab Senatu populoque Rom. delata fuerit, copiose a nobis probatum est *d. lib.* 1. *Digress. c.* 17. *& seqq.* Qui vero alioqui habeant summam potestatem, qui non habeant, prolixior dissertatio est, quam ut heic absolvi queat; dix. *in lib.* 1. *de Jur. Civit. c.* 15. *& seqq.* Postremo notandum, in definitione criminis majestatis, haud frustra esse posita verba, *cui sunt subjecti*. Nam si quis externus summæ potestati non subjectus aliquid adversus Rempubl. moliatur, is ut hostis occidi, at hoc judicio accusari non potest; cum relatio Majestatis, nisi inter Imperatores atque subjectos, locum habere nequeat. *c. pastoralis. vers. rursus non est. Clement. lib.* 2. *tit. de sent. & re jud.* Quomodo autem subjectus aliquis fiat, an, quod quis reperitur in alieno territorio, & si hoc ita, an & Princeps diversi populi in alieno territorio agens, fiat subditus, (quæ est agitata quæstio superiori seculo in *Maria Stuarta*, inexpiabili Magnæ Elisabethæ invidia supplicio affecta) res sunt, quæ hujus instituti modum egrediuntur. Porro crimen Læsæ Majestatis est duplex, Perduellionis & Majestatis in specie. *l.* 3. *C. de abolit. l. ult. ff. ad L. Jul. Maj.* Perduellio dicitur, cum quis hostili animo aliquid est machinatus, cujus exempla sunt in *l.* 1. §. 1. *l.* 3. & *l.* 4. *D. ad L. Jul. Majest.* si per alicujus operam armati hominis in urbe sint, conveniantve adversus Rempubl. locave occupentur, aut homines ad seditionem concitentur, vel contra Rempubl. arma quis ferat, qui hostibus nuntium literasve miserit, signumve dederit, aut ad eos perfugerit; qui injussu Prin-

(d) *Pos.* 7. 8. & 9.

Digitized by Google

Principis bellum gesserit, quive privatus pro potestate magistratuve quid sciens dolo malo gesserit, aut qui aliquid horum omnium vel simile quid facere curaverit. Majestatis in specie crimen committitur, cum quis læsit quidem summæ potestatis jura, at lucri potius aliave causa, quam intentione hostili, *l. ult.*, *ꝟ plane eod. tit.* ut est qui monetam cudit, qui consecratas Principis imagines conflavit. *l. 6. eod.* Huc etiam referre queas deditionem arcis aut oppidi per ignaviam & vecordiam, hostibus factam. *l. 3. d. tit. ad L. Jul. Majest.*

4. (e) Pœna perduellii non tantum est mors, sed & memoriæ post mortem damnatio, ad liberos quoque pertinens, qui perpetua infamia & paupertate damnatur, solis filiabus quarta parte bonorum maternorum relicta. *l. quisquis 5. C. ad L. Jul. Majest.* (1) Quæ tamen extensio pœnæ ad liberos, nimis rigida, & rationi exemploque juris divini ac humani contraria existimatur; cum salva ratione justitiæ, pœna non possit egredi auctorem delicti. *Deuter.* 24. *ꝟ.* 16. *Ezech.* 18. *ꝟ.* 20. 2. *Reg.* 14. *ꝟ.* 6. 2. *Chron.* 25. *ꝟ.* 4. *l. 26. de pœn.* Habemus quidem exempla in sacris literis eorum, qui cum liberis supplicio affecti sunt, ut Achanis, *Jos.* 7. *ꝟ.* 13. Kores, Dathanis & Abirami. *Num.* 16. *ꝟ.* 32. Nota quoque est interminatio quarti præcepti, Deum peccata parentum in tertiam & quartam generationem puniturum: sed his non deerit responsio. Denique, Majestatis in specie pœna, mors est simpliciter *d. l. ult. h. t.*

5. (f) Secundum crimen publicum, est ADULTERIUM, quod definitur, corruptio mulieris alii nuptæ; sive nupta cum cœlibe, seu cum marito alieno rem habuerit. Quod si vir, etsi conjugatus, rem cum virgine vel vidua habeat, hoc nihil est quam stuprum. *l. 6. §. 1. D. ad L. Juliam de Adult.** Ratio differentiæ, inter virum cum soluta, & mulierem cum cœlibe rem habentem, est hæc; quod mulier nupta pariter adulterinos partus supponat, quod in virum non cadit. Non negamus fidem conjugalem æque a viro quam ab uxore violari in commixtione cum cœlibe; & coram Deo forsitan æquale utriusque delictum videri. Sed aliter in foro criminum rationes expenduntur, scilicet cum de pœnis infligendis agitur; Tunc enim, quod delictum magis lædat societatem communem, examinatur. Id autem fit manifesto gravius a muliere propter suppositionem falsorum partuum, quam a viris, quorum cum innuptis congressiones nihilo plus mali post se relinquunt, quam si utrimque cœlibes coitus illicitos misceant. Nec aliter Optim. Max. Nomotheta per Mosem legem ferri jussit ad Hebræos *Levit.* 20. *ꝟ.* 10. & *Deut.* 22. *ꝟ.* 22. non obstantibus *Gen.* 1. *ꝟ.* 27. *Gen.* 2. *ꝟ.* 24. *Matth.* 19. *ꝟ.* 5. 1. *Corinth.* 6. *ꝟ.* 15. & 16. 1. *Corinth.* 7. *ꝟ.* 3. & 4. Ad quæ loca responsio colligi potest, ex eo, quod jam diximus. Jure Canonico adversa sententia probari creditur, *cap. dixit. cap. nemo sibi blandiatur. qu. 4. c. non mœchaberis. 32. q. 6.* Diss. etiam Menoch. 2. *de arbitr. cas.* 420. *n.* 106. & *cas.* 249. *n.* 3. & *seqq.* Beza *tract. de polygam.* Wissenbach. *disp. ad Inst.* 53. *th.* 26. Iidem polygamiam volunt esse adulterium, procul a sensu omnium gentium ipsorumque Hebræorum, apud quos polygamia impunita, minime vero adulterium fuit, & refellitur ex *l.* 18. *C. ad L. Jul. de Adult.* & *l. 2. C. de Incest.* & *inut. nupt.* quanquam sane mulier duobus nubens vere adultera est. *l. 7.* & *Auth. hodie C. de repud. ex Nov.* 117. *c.* 11. ratione differentiæ superius allegata. Argumenta dissentientium refellit A. Matth. *d. cap. n.* 13. Committitur & in sponsam alterius adulterium, *l. 13. §. 3. ad l. Jul. de adult.*** etsi sponsus eam jure viri accusare nequeat, *l.* 11. §. 7. etiam

(e) *Pos.* 10. 11. & 12. (f) *Pos.* 13. 14. 15. & 16.

(1) *Extat ad hanc legem Jacobi Gothofredi discursus Historicus, cui jungendus Nic. Hieron. Gundlingii Commentarius* de crimine majestatis.

* Jure Saxonico hoc pro adulterio simplici æque habetur, ac concubitus uxoris cum juvene vel viduo; unde hujusmodi vir capite plectitur, *P. 4. C. Elect. 19. §. Darüber er aber* verb. *sondern auch der Ehemann. Churfürstl. Sächs. Kirchen Ordnung.* tit. *von der Straffe der Unzucht. §. da einer* Carpzov. *ad d. C. def.* 8. Virgo autem vel vidua, cum qua maritus commisit adulterium, fustigationis & perpetuæ relegationis pœnam patitur, *d. C.* 19. *§. Darüber.* verb. *die ledige Dirne.* Carpzov. *ad eand. C. d.* 9. add. Berger. *Elect. Jurispr. Criminal. Memb.* 4. *§. 1. p.* 130.

** Et a sponso quoque. Solet autem hoc casu sponso aut sponsæ pœna fustigationis in Saxonia dictari; sed & is, qui cum sponsa aliena concumbit, eadem pœna coercetur, fœmina vero soluta, ob stuprum cum sponso alieno commissum, relegatur, vid. *Ord. Ecclesiast.* tit. *Von Straffe der Unzucht. §. Wurde aber auch.* Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 56. *n.* 69. *seq.* Atque eadem pœna obtinet, licet sponsus cum sponsa jam anticipaverit concubitum, & sponsa se postea ab alio stuprari passa sit, cum verba *Ordinat.* Ecclesiasticæ *ehe denn der Bräutigam beygelegen.* ad consummatum legitime matrimonium pertineant. Berger. *Elect. Jurispr. Crim. p.* 133. Interim ex eadem Ordinatione Ecclesiastica observari meretur, 1. (pœnam fustigationis converti in pœnam carceris, quoties sponsus sponsam nihilominus ducere cupit, ubi stuprator tamen fustigatur. *d. §. Wurde aber auch,* verb. *es wolte denn der Bräutigam die Braut.*) 2. sponsum vel sponsam nova sponsalia

Digitized by Google

etiam in nuptam alterius, quæ corpus suum prostituit, * *l.* 13. §. 2. nisi viro deserto vagetur, *l.* 22. *C. eod.* quos textus ita conciliare liceat.

6. (g) Pœna Adulterii ex L. Julia fuit relegatio, argumento *l.* 5. *de Quæstion. l.* 11. *pr. & l.* 29. §. 1. *D. ad L. Juliam de Adult.* Idemque Tacitus, Plinius, aliique veterum testantur. Cujac. 6. *obs.* 11. *&* 2. *obs.* 18. *&* 19. Brisson. *lib. sing. de Adult. c.* 2. Sed Constantinus Magnus in *l.* 30. *C. ad L. Juliam de Adulteriis* pœnam sanxit capitalem, quod Tribonian. *in* §. 4. *h.* legi Juliæ per abusum emblematicum adscripsit. Eadem pœna παιδεραστaῖς, sive iis, qui cum masculis infandam libidinem exercent, infligitur. *h.* §. 4. *l.* 31. *C. ad L. Jul. de Adult.* Constantinus ejusque filii, sanctiones *d.l. ll.* 30. *&* 31. ad exemplum juris divini composuere. *d. cap.* 20. *Levit.* 20. *& Deut.* 22. Lex Julia tanquam Lenones etiam persecuta est maritos, qui deprehensas in adulterio uxores retinuere & adulteros dimisere, vel aliquid de adulterio uxorum suarum ceperunt. *l.* 2. §. 2. *l.* 11. *in pr. &* §. *ult. & l.* 29. *in pr. &* §. 2. *ad L. Jul. de adult.* cum *seqq. D.* Denique de STUPRO fuit etiam caput in L. Julia; Est autem nihil hoc aliud, quam corruptio virginis viduæque honestæ, cujus pœnam, si honesti sunt stupratores, ** irrogat publicationem partis dimidiæ bonorum; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione. Quid est igitur, quod in *l.* 1. §. 2. *de Extraordin. crim.* stuprum puero puellæve oblatum, perfecto flagitio capite, imperfecto deportatione puniri dicitur? Videtur, si quis extra ordinem stupri accusetur, & exquisitæ improbitatis sint circumstantiæ, vel artificium conciliandi stupra exercuerit, posse aliquando capitalem infligi pœnam. Jure divino stuprator Virginem corruptam dotare & ducere debet, *Exod.* 22. ℣. 16. *&* 17. *Deut.* 22. ℣. 28. *& sequ.* Jure Canonico illa copulatio resoluta est in alternativam, *aut ducat, aut dotet*, quod moribus receptum est. *** Menoch. 2. *arbitr. quæst. cas.* 288. Sand. 2. *decis.* 1. *defin.* 10. Pœna autem juris civilis, quæ in hoc §. 4. passim moribus obsoleta est. Sunt etiam, qui illud, *ducat aut dotet*, sustulere, modica contenti mulcta pecuniaria, si recte mihi relatum. Possunt tamen hodieque stupratores pro meritis circumstantiarum extra ordinem vel exilio vel etiam corporaliter puniri, Farinac. *qu.* 147. *n.* 98. maxime, si propter inopiam dotare nequeat & ducere nolit, *ibid.* ut etiam, si quis in infamiam honestæ virginis aut viduæ de stupro perpetrato glorietur. Sand. *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 5. Virginibus autem solis favor alternativæ illius indulgetur: viduæ suo periculo luxuriantur; nec enim dotem exigere possunt, quæ semel virum & dotem habuere. A. Fab. *lib.* 9. *Cod. sub. tit.* 7. *defin.* 5. *n.* 4. Sand. *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 10. ****.

7. (h)

(g) *Pos.* 17. 18. 19. 47. 48. *&* 49.

contrahentem & posteriora concubitu confirmantem, tantum numellis exponi & perpetuo relegari, *d. Ordin. Eccl.* tit. *Von Ehe-Sachen*. rubr. *Von Ehe-Gelobnissen.* §. *Wœde sich aber*. add. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 67. *n.* 26. Berger. *l. c. p.* 199. *seq.*

* *Dec. El.* 12. docet, in Saxonia maritum, qui cum alterius uxore adulterium commisit, quæ jam antea fuit adultera, a pœna capitali non liberari; sicuti ita quoque, qui cum soluta, vulgo corpus suum prostituente, concubuit, gladio puniri. *Dec. El.* 13. Philipp. *ad eand. Obs.* 1. *n.* 29. Utroque tamen casu locus est intercessioni conjugum, licet ea regulariter in duplicato adulterio cesset, *d. Dec.* 12. ibique Philipp. *Obs.* 9. *n.* 1. Interim solutus, qui cum uxore passim se prostituente adulterium commisit, fustigatione tantum & perpetua relegatione coerceri solet, Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 57. *n.* 24. *seqq.* fœminam autem, in matrimonio meretricio more viventem, ordinario adulterarum supplicio affici, dubio caret. Hartm. Pistor. *Obs.* 32. *n.* 29. Berlich. *P.* 4. *C.* 27. *n.* 19.

** Ordinatio *Elector. Saxon. Eccl.* rubr. gener. *Von Ehe-Sachen*. Special. *von Straffe der Unzucht.* §. *Wœde denn eine ledige*. stupratorem & stupratam carcere punire jubet, Carpzov. *P.* 4. *C.* 27. *def.* 9. quatuordecim plerumque dierum; Berger. *Elect. Jurispr. Crim. p.* 140. Quoties autem graviores concurrunt circumstantiæ, ac conditio personarum, aut rei qualitas, majores pœnas exigit, ad fustigationem etiam perveniri potest, *P.* 4. *C. El.* 27. e. g. si tutor pupillam, aut rusticus nobilem virginem stupraverit, Carpzov. *ad d. C. def.* 7. aut si stuprum cum mente capta, *P.* 4. *C.* 26. ibique Carpzov. *def.* 1. id. *Pr. Crim. qu.* 75. *n.* 38. *seqq.* aut inebriata puella, Berger. *l. c. p.* 141. commissum sit. Contra, quando stuprator stupratam ducit, mitius in utrumque e. g. carcere 4. 5. 6. dierum, animadverti solet. Berger. *l. c.* Carpzov. *d. l. n.* 49.

*** Hæc alternativa obligatio, apud *P.* 4. *C. El.* 23. confirmata est, licet ea non dissimulet, rectius agere eum, qui stupratam a se in matrimonium recipiat, verb. *und er, wie doch billig geschicht, dieselbe nicht zur Ehe nehmen will.* Tenetur autem ei dotem præstare, pro status, generis, aut familiæ conditione, *d. C.* ibique Carpzov. *def.* 5. *in præf.* Atque hæc dos stupratæ debetur statim, non demum si nupserit; licet legata dote conditio subintelligatur, si nuptiæ fuerint secutæ *l.* 41. *pr. ff. d. Jur. dot.* Harprecht. *ad* §. 4. *I. h. n.* 94. Quod si stuprata stupratorem ducere renuat, tunc nec dotem ab eo exigere potest, docente Carpzov. *ad d. C. def.* 1. Ziegler. *ad Lancell. l.* 4. *t.* 8. §. 9. verb. *Si vero pater*. Quam nec deberi puellæ, quæ stupro ansam dedit, juvenemque seduxit, asserit & præjudicio confirmat Stryck. *ad Brun. Jus Eccles. l.* 2. *c.* 18. §. 26.

**** Apud nos tamen nullum dubium est, quin & viduam honestam stuprator aut ducere teneatur, aut dotare. *d. C.* 23. *p.* 4. verb. *oder unberüchtigte Wittbe*, ibique Carpzov. *def.* 4.

Digitized by Google

7. (h) Sed de INCESTU quid dicemus, deque ejus pœna? * Distinguendum; si incestus jure Gentium committatur, ut in linea recta, vel cum sororibus, tam mas quam fœmina deportatione adficitur, *l.* 5. *de Quæst.* *Nov.* 12. *c.* 1. quod mirum placuisse Justiniano, qui adulteros, utique mares, non exemit pœnæ capitali, per *l.* 30. *C. ad L. Jul. de adult.* irrogatæ; maxime cum incestus adulterio sit gravior & jure divino morte puniatur. *Levit.* 18. & 20. *Deuteron.* 27. Incestus juris civilis in linea transversa per matrimonium contractus, in fœminis excusatur, in maribus pœna L. Juliæ de adulteriis plectitur, relegatione scilicet, *l.* 38. *ad L. Jul. de Adulter. l.* 57. *de Rit. nupt.* quæ, ratione hujus incestus, non continetur sub augmento Legis Constantini; sed erit hodieque relegatio vel saltem extraordinaria pœna non capitalis. At si per adulterium vel stuprum, civilis incestus sit commissus, pœna gravior, id est deportatio decernitur. *d. l.* 38. & *l.* 5. *de Quæst.* Jure novo, quatenus per adulterium fit, incestus haud dubie capite punietur: † etiam forte, si per stuprum, quia *supra* intelleximus, stuprum capitali quoque pœnæ obnoxium fieri, si graviores adsint circumstantiæ. *l.* 1. §. 2. *de extraord. crim.* Quæ autem potest atrocior esse quam incestus? Mulier Justiniani constitutione, quæ est in *N.* 134. *c.* 10. ob adulterium cæsa virgis, in Monasterium detruditur, unde eis biennium a viro emollito educi atque reduci potest; eo nolente tondetur: ** Idque in civili incestu sine dubio servandum. Ad eum, qui jure Gentium committitur, sine flagitio id extendi posse non videtur. Nihil tamen reperio, quod jure Justinianeo supra deportationem, *d. N.* 12. *c.* 1. incestu sine adulterio commisso infligatur; licet D. A. Matthæus *comm. de crimin. cap. de Incestu n.* 5. pœnam capitis ex mente Justiniani adseverat, sine textu tamen; licet ratio valida est quæ hoc urgeat; denique juris divini exemplum, satis monstrat, quid hodie nobis sit observandum.

8. (i) Tertium crimen publicum, est HOMICIDIUM, quod punitur Lege Cornelia de Sicariis, (a Cornelio Sylla, coercendis grassatoribus & homicidis, qui ex licentia bellorum civilium & proscriptionum, quas ipsemet exercuerat, erant frequentissimi, lata. *l.* 2. §. 32. *de O. J.*) per deportationem, *l.* 3. §. *pen.* & *l. pen. ad L. Corn. de Sicar.* postea capitale supplicium, §. 5. *h. tit.* ubi Tribonianus more suo Legi Corn. tribuit, quod est juris recentioris. Tenentur autem hac lege, non tantum qui perfecerunt, sed & qui conati sunt homicidium committere, imo qui cum telo hominis occidendi causa ambulaverunt, aut venenum miscuerunt, *l.* 1. *pr.* §. 1. & 3. *D. ad L. Cornel. de Sicar.* quod tamen moribus hodiernis non perinde observatur. *** Gail. 1. *de pac. publ.* 14. *n.* 16. & *sequ.* Mynsing. 3. *obs.* 9. Sand. 5. *Decis.* 9. *defin.* 11. Cornelius etiam idcirco eos, qui cum telo hominis occidendi causa ambulaverunt, ordinariæ pœnæ subjecit; quod tum temporis innumeri sicis armati discurrebant, id unice agentes, ut civibus insidiarentur: tales enim designantur his verbis *d. l.* 1. *in pr. qui hominis*

(h) *Pos.* 20. (i) *Pos.* 21. 22. 23.

* Jure Saxonico Electorali, Incestus punitur (1) gladio, inter ascendentes & descendentes in consanguinitate, eademque pœna in utroque sexu, & in parentibus æque ac liberis obtinet, *P.* 4. *C. El.* 22. ibique Carpzov. *def.* 1. id *Pr. Crim. qu.* 72. *n.* 21. etiamsi liberi sint naturales, aut ex stupro suscepti, Id *l. c. def.* 2. & *Pr. Cr. l. c. n.* 34. (2) fustigatione, quoties incestus inter ascendentes & descendentes in affinitate, e. g. privignum & novercam, *P.* 4. *Const. El.* 14. fratres & sorores, & reliquas personas, quarum conjunctio *Levitic. c.* 18. prohibita est, committitur, *P.* 4. *C.* 22. §. *Aber die andern Personen*. Eademque pœna obtinet, quando ob teneram ætatem, aut decrepitam senectutem, similesve circumstantias, liberi aut parentes capitali supplicio subducuntur, *d. C.* 22. §. *Da aber wegen der Jugend.* Carpzov. *Crim. qu.* 72. *n.* 47. & *ad d. C. def.* 3. Denique (3) relegatione aut mitius coercetur incestus contra Jus humanum Constitutionesque Saxonicas commissus, conf. Carpzov. *def.* 9. *ad d. C.* 22. Berger. *Elect. Jurisp. Crim. p.* 143.

† Adde *P.* 4. *C.* 23. ibique Carpzov. qui docet, hoc casu pœnam adulterii non mitigari per intercessionem conjugis, si incestus sit commissus cum ascendentibus, vel descendentibus, bene tamen si cum persona consanguinea in linea collaterali, *def.* 1. & 2. atque ita *pron. Fac. Jur. Lips. Mens. Dec. A.* 1699. Diss. Coler. *dec.* 174. *n.* 19. *P.* 4. *C. El.* uxorem æque ac maritum ob adulterium capite puniri jubet, non tantum in adulterio duplicato, sed etiam in simplici, Carpzov. *ad d. C. d.* 7. 8. fœmina tamen soluta cum marito concumbens, mitius quam masculus, cum uxore adulterium committens, coercetur, cum in hunc gladii pœna, in illam fustigatio constituta sit, *d. C.* 19. ibique Carpz. *d.* 6. *seq.* In Saxonia autem communi uxor adultera tantum fustigatur & relegatur. Id. *d. l. def.* 1.

** *P.* 4. *C. El.* 19. uxorem æque ac maritum ob adulterium capite puniri jubet, non tantum in adulterio duplicato, sed etiam in simplici, Carpzov. *ad d. C. d.* 7. 8. fœmina tamen soluta cum marito concumbens mitius, quam masculus, cum uxore adulterium committens, coercetur, cum in hunc gladii pœna, in illam fustigatio constituta sit. *d. C.* 19. ibique Carpz. *d.* 6. *seq.* In Saxonia autem Communi uxor adultera tantum fustigatur & relegatur. Id. *d. l. def.* 1.

*** Nec nostro Jure. Hoc enim attentatum homicidium mitius punit, *P.* 4. *C. El.* 7. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 2. *n.* 46. ad *J. O. Crim. art.* 178.

Digitized by Google

hominis occidendi causa cum telo ambulaverit; nec abs re fuerit, hodie quoque eos, qui in hoc se armant ac in publicum prodeunt, ut homines jugulent, supremo supplicio adficere, quemadmodum & eos, qui ad ipsum facinus progressi sunt, hominemque jam deliberato occidendi animo vulneraverunt, non immerito pœnam ordinariam ferent, *d. l.* 1. §.3. dolus enim pro facto accipitur, *l.* 7. *eod. tit.* lata vero culpa pro dolo hic non accipitur, *d. l.* 7. *& l.* 23. §. 3. *de Ædil. Ed.* quanquam aliquando lata culpa pœnæ extraordinariæ locum facere potest. *l.* 3. §.1. *de off. Præf. Vig. l.* 11. *de incend. ruin. nauf.* Quid si homicidium committatur absque proposito interficiendi? Fieri potest ut non teneatur; ut tamen non præsumatur ejusmodi consilium abesse, cum quis in tali actu versatus est, ex quo facile cædes consequi potest; veluti, quando quis instrumento ad occidendum apto & usurpari solito, facinus patravit; secus, si clavi vel pugno hominem fortuita iracundia percusserit, qua de re est locus notabilis in *d. l.* 1. §.3. sed hæc aliaque similia latius ad Pandectas sunt prosequenda. Imperator in *fin.* §.5. *h. t.* de venenariis idem quod de sicariis statuit: sunt venefici, inquam, qui hominem veneno vel occiderunt, vel hominis necandi causa medicamentum malum fecerunt, habuerunt, vendiderunt. *l.* 3. §. 1. 2. *& seqq. d. t. ad L. Cornel. de Sicar. l.* 28. §. 9. *de Pœn.* Quod autem moribus hodiernis non habetur crudele, parantes propinantesque venena, * licet morte non secuta, capite punire, hoc probat, idem nec de sicariis ab ratione videri posse alienum. Veneficis junguntur, qui susurris magicis homines occiderint, quo referuntur mathematici, haruspices, harioli, augures, sortilegi, qui artes illas ad hominum internecionem exercent. *l.* 2.3.4.5. 8. *C. de malef. & Mathemat.* Et quidem non gladio tantum, sed etiam igne & peste ferali absumi poterant, *l.* 3. 5. 6. *C. eod.* eorumque libri flammis exuruntur. In Germania magi cum Dæmone pactionis & maleficiorum rei fere vivi comburuntur, *ex Constit. crimin. Car. V. art.* 44. 50.** D. Voet. *h.* Prorsus non modo cunctarum fere Gentium Leges, etiam vetustæ XII. Tabularum, sed etiam Lex divina Magos commemorat, eosque ultimo supplicio addicit. *Exod.* 22. *vers.* 18. *Levit.* 20. *vers. ult. Deuteron.* 18. *v.*10. *&* 11. Quæ res non patitur, ut iis, qui omnia de Magis narrari solita, ut fabulosa spernunt ac irrident, adsentiamur; etsi fatemur, ludibriis & imposturis Magorum historias adeo esse refertas, ut quod credas, vix invenire liceat.

9.(k) Sequitur Lex Pompeja de PARRICIDIIS, crimine, ut ait textus, asperrimo: *nefas ultimum* appellat Seneca 1. *de clem.*23. Parricidium est cædes parentis, ejusve qui in recta linea sanguinis a nobis distat, *** excepto patre, qui filiumfam. occidens, tantum homicida esse intelligitur. *l.* 1 *D. de L. Pomp. de Parricid. & h.* §.6. † Est hoc vestigium, ut videtur, patriæ potestatis, quæ olim jus vitæ ac necis in liberos, ut alias dictum, tribuebat. Pœna exquisitior in hoc delicto, quam in alio ullo reperta est. Insuitur enim culeo cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, postquam virgis sanguineis, id est, sanguinem, ut videtur, excutientibus, est cæsus, *l. pen. D. tit. de L. Pompej. de Parricid.* ac ita in mare vel flumen

(k) *Pos.* 24. 25.

* Apud nos, consummato demum scelere, ordinaria pœna locum obtinet, teste Carpz. *P.* 4. *C. El.* 18. *d.* 6. & puniuntur, qui veneno aliquem interfecerunt, rota, sine sexus discrimine, licet *O Crim.* fœminas suffocare jubeat, *art.* 130. Carpz. *Pr. Crim. qu.* 20. *n.*14. *seqq. & ad d. C. def.* 4. conf. *tamen Differtat. Inaug.* Thom. Wagneri *de Veneficii attentati, in casu ubi mors non ipsa secuta, pœna capitali, Erford hab.* ii vero, qui pascua veneno inficiunt, si damnum inde oriatur, igne. *P.* 4. *C. El.* 18. qui bruta veneno occidunt, gladio plectuntur, Carpzov. *l. c. def.* 5.

** *P.* 4. *C. El.* 2. eum, qui cum diabolo paciscitur, aut aliquid commercii habet, si vel maxime nemini nocuerit, vivum vult comburi. Qui vero citra fœdus expressum cum satana, artibus Magicis aliis damnum dederunt, iis gladii pœnam dictat, §. *Da aber ausserhalb.* quam pœnam iis quoque constituit, qui, arte diabolica consulentibus responsa dare conantur, & per cristallum aliove modo, diabolum de rebus præteritis aut futuris consulunt. *d.C.* §. *Desgleichen.*

*** Apud nos parricidii proprii, quod in ascendentes, descendentes & conjuges committitur, pœna est culeus, *P.* 4. *C. El.* 3. Loco tamen culei saccus linteus, & pro simia plerumque felis adhiberi, ac serpens pictus, si vivus haberi nequeat, solet substitui, singulaque animalia separatim sacculis includuntur, *d. C.* Carpzov. *Pr. Cr. qu.* 8. *n.*31. *seq.* virgarum vero cæsio plane omittitur, ac, si flumen nullum sit proximum, culeus in rotæ supplicium commutatur, *d. C.* Quando autem delictum hoc sæpius perpetratum est, pœna exasperatur, ac reus candenti ferro aduritur, *So viel Zangen-Risse als Kinder sie umgebracht. d. C.* 3. ibique Carpzov. *d.* 7.

† Is vero apud nos, æque ac mater, culei supplicium sustinebit, nec prætextu patriæ potestatis, pœnæ Legis Pompejæ erit eximendus, *P.* 4. *C. El.* verb. *Eltern ihre Kinder* Quæ verba tam late patent, ut, ratione pœnæ, nullum inter liberos in potestate constitutos & emancipatos, legitimos & naturales, spurios etiam, imo incestuosos ac adulterinos, statuatur discrimen; Berger *in Elect. Jurispr. Crim. p.* 109. Matrem tamen, quæ prolem ex stupro violento susceptam interfecerat, ordinaria tantum homicidii pœna, gladii puta, coercitam fuisse, ostendit Carpz. *P.* 4. *C.* 3. *def.* 18.

Digitized by Google

men proximum demergitur. Apparet ad terrorem hoc genus singulare supplicii excogitatum esse, ut homines absterrerentur ab ejusmodi scelere, de quo Solon rogatus, cur pœnam ei nullam constituisset, respondit, *διὰ τὸ ἀπελπίσαι*, *quod desperaret*, aliquem fore tam immanem; ut Diog. Laert. *in vita ejus*. Antiquitus parricidæ culeo simpliciter insuti mergebantur, ut ex Cicerone *pro Roscio* discimus, idque primo supplicium Malleolo cuidam irrogatum scribit Livius *lib.* 68. Significare autem hac pœna voluere veteres, parricidam, ut Justinianus *hic* philosophatur, omnium usu elementorum carere jam vivum incipere debere. Sub primis Imperatoribus addita videntur animalia duo, vipera & simia; nam harum vetustiores non meminerunt ante Senecam 1. *de clem. c.* 15. & Juvenalem *Sat.* 8. qui de Nerone locutus addit;

Cujus supplicio non debuit una parari
Simia, nec serpens unus, nec culeus unus.

Postea adhuc alia duo adjecta sunt animalia, canis & gallus gallinaceus, quorum mentio prima quod constet, occurrit *in l. un. C. de his, qui parent.* Rationem, cur hæc animalia placuerit adjungi parricidis, reddit Theophil. ad *hunc* §. his verbis, *τὰ δὲ εἰρημένα θηρία ἐμβάλλεται διὰ τοῦτο, ἐπειδὴ ὁμοιότροπα αὐτῷ ἐστιν, τὰ μὲν γὰρ ἀναιρεῖ τοὺς γονεῖς, τὰ δὲ τῆς πρὸς αὐτοὺς οὐκ ἀπέχεται μάχης*. *Sunt enim similia hominibus*, ait, ut simiæ; *quædam parentes suos interficiunt*, ut viperæ; *cætera non abstinent pugna contra se invicem*. Mirum autem, cur Justinianus culei pœnam vocet *novam*; cum adeo sit vetus & more majorum introducta dicatur in *l. 9. de L. Pompej.* Sic volunt locutum Cæsarem, quod obsoleta pœna modo in usum revocata esset. D. Wissenb. *ad h. tit. n.* 41. Tu dic, genus hoc pœnæ dici novum, quia rarum, singulare & inexpectatum est; ut fere etiam Giphan. *ad h.* §. 6. explicat. Est difficultas, quod in *l. 1. ad L. Pompej.* parricidii dicitur eadem pœna esse, quæ Legis Corneliæ de Sicariis, quam modo deportationem fuisse intelleximus. Dicendum, varia Legis Corneliæ fuisse capita, *l. 3. ad L. Cornel. de Sicar.* unumque de parricidio, cui sua vetusque pœna fuerit; eamque repetitam fuisse Lege speciali Pompeja. Cæterum involvit hæc pœna culei solos parricidas ita proprie dictos, qui parentes interfecere. Nam qui alias cognatione vel affinitate junctas personas necaverit, ordinariam Legis Corneliæ pœnam sustinet, *d.* §. 6. *in fin.* capitis inquam supplicium, nec ultra. *l. pen.* §. 1. *d. tit. de L. Pompej.* * Scilicet parricidii nomen varios latitudinis gradus habet. Nam I. cuncta graviora crimina significat, Cic. *lib.* 2. *de LL.* unde Quæstores parricidii. *l.* 2. §. 23. *de O. J.* II. De quolibet homicidio accipitur, teste Festo in voce *Parricid.* III. De cæde propinquiorum aut venerabilium personarum, *d. l.* 1. *de L. Pompej.* quo Ciceronis illud pertinet *in Verrem*; *Facinus est, civem Rom. vincire, scelus verberare, parricidium occidere &c.* IV. sumitur pro cæde parentis, ut hoc loco. Postremo notandum, quod in *d.* §. 6. Justinianus ait, etiam conscios parricidii ordinaria pœna adfici, haud de iis intelligendum, qui cognitas quoquo modo insidias reticuere, sed quorum conscientia sceleris consilio fuit illigata, *l. 2. d. t. de L. Pompej.* nec aliter capienda, *l. 6. eod. tit.* Perez. *ad tit. C. de his, qui parent. vel lib. occid. n.* 7. Pœnam vide in hoc textu, juncta *l. pen. d. t.* ubi & hoc nota *in fin.* cædem aliorum cognatorum L. Cornelia simpliciter puniri.

10. (l) III. Falsum est imitatio vel suppressio veri in fraudem alterius facta; si nec *imitatio* nec suppressio veri fiat, non est falsum, ut si quis in ratione vel in calculo mentiatur *l.* 23. *de L. Corn. de Fals.* Pœna falsi aliquando capitalis, sed plerumque deportatio aut lenior est §. 7. *in fin. h. l.* 1. §. *ult. d. tit.* capitalis est in servis, *d.* §. 7. item ob falsum testimonium in necem Rei capitalis, *l. 1. ad l. Cornel. de Sic. Deut.* 19. ℣. 16. in subjecto partu, *l. 1. C. ad l. Corn. de Fals.* cujus accusatio datur parentibus, aut eis ad quos res pertinet solis, *l.* 30. §. 1. *ff. de l. Corn. de Fals.* adde *l.* 27. §. *ult. D. eod.* ubi de ficta dignitate vel militia, *l.* 1. *C. de Immun. nem. conced.* ubi de tabulariis civitatum. Qui monetam falsam cudunt aut probam corrumpunt, olim liberi ad

(l) *Pos.* 30. 31. 32. 33. 34. 35.

* Nostro Jure accedit raptatio ad locum supplicii, *Schleiffung zur Feymstatt*, quoties parricidium improprie sit dictum, sive homicidium in fratres, sorores, patruos, fratris liberos, item in affinitate in vitricum, novercam, ac generaliter in eos, qui lege divina matrimonio jungi prohibentur, commissum est. *d. C.* 3. §. *Wann aber an Brudern.* verb. *unter welchen vermoge Gottlicher Schrifft, wegen der Blutfreundschafft oder Schwagerschafft keine Ehe kan vollzogen werden.* add. Carpzov. *ad d. C. def.* 8. *seqq.* Quoties autem in consanguineos aut affines, jure divino jungi non prohibitos, e.g. in consobrinos, item in sponsum sponsamve, hoc crimen committitur, sine exasperatione supplicii, pœna Legis Corneliæ obtinet. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 15. *n.* 19. *seqq.*

Digitized by Google

ad bestias, servi in crucem agebantur, *l. 8. de L. Corn. de Falf.* hodie cusores cum ministris suis comburuntur. *l. 2. C. de falf. mon.* impuberes soli, *l. 1. C. eod.* & quos pœnituit ante facinus consummatum, excusantur, *l. 19. ad L. Cornel. de falf.* Lenius deportatione puniuntur, qui falsum recitarunt, exilio temporario vel ordinis ademptione, *l. 13. §. 1. eod.* eodem fere modo, qui judicem corrumpunt, duobusve rem unam in solidum vendunt, *l. 21.* qui pondera mensurasve fallarunt, *l. 32. §. 1. d. t.* ubi & pœna dupli. Reliquæ falsi species ordinaria deportationis pœna plectuntur, nisi quod pœna pro cujusque facti circumstantiis variat. *l. 32. in pr. eod.* Species diversæ toto *tit. D. & C.* diffusæ sunt, quas inde petas licet.

11. (m) Vis tam publica quam privata; punitur L. Julia. Publica fit maxime armis, sed tamen & aliis modis atrocioribus, de quibus vid. *l. 1. & seqq. ad L. Jul. de vi Publ.* Privatam dicimus, quæ fit sine armis & minus atrociter: Pœna vis publicæ est deportatio, *§. 8. h. l. 10. §. f. ad L. Jul. de vi publ.* Privatæ, publicatio tertiæ partis bonor. *d. §. 8. l. 1. & l. ult. ad L. Jul. de vi priv.* Sed specialis est sanctio contra vim (n) quæ fit per raptum virginis viduæve honestæ, cujus pœna capitalis est, non modo si invita, sed & si consentiens rapta sit, malis scilicet artibus, ut videtur, ad consensum adducta, idque etiam in sponsa propria locum habet; æque adversus adjutores quam ipsos raptus auctores. *l. unic. C. de raptu virginum.* Moribus ille tantum hac pœna tenetur, qui invitam rapuit vel stupravit, secundum jus Canon. *c. pen. & ult. X. de Rapt.* Quod autem mireris, etiam sponsæ raptor dicta constitutione summo supplicio adficitur, qua de re vid. Perez. *ad tit. C. de rapt. virg.* Denique stuprum sine raptu, licet violentum, in illa constitutione non punitur, licet ratio minime desit, etsi aliter D. A. Matth. *tract. de crimin. pag. 499. prim. edit.* D. Wissenb. *ad h. tit. th. 53.* Forte nec minor ratio est in Stat Frisio. *lib. 2. tit. 12.* quod non aliter raptum capite vult puniri, quam si mulier abducta sit & corrupta violenter. Jus Canonicum mitius hac parte est; Nam qui rapuere tantum, capite non puniuntur, imo & nuptiis rapti amores conglutinari possunt, *cap. fin. X. de raptor.* sed violentum stuprum eo jure gravius censetur. *c. de raptoribus 36. qu. 1. c. raptus 36. q. 4.*

12. (o) Sequitur peculatus in §. 9. quod est furtum rei publicæ vel sacræ, *l. 9. §. ult. ad L. Jul. pecul.* sed cum in re sacra specialiter sacrilegium committatur, peculatus de furto publico intelligi solet; Ejusque pœna exponitur in *§. 9. h. t.* Ut ipsi Magistratus eorumque ministri, qui publicas pecunias subtraxerunt, capitali animadversione puniantur. *l. un. C. de crim. pecul.* Alii vero, qui in hanc pœnam non incidunt, pœnæ deportationis subjiciuntur. *d. §. 9. in fin.* At sacrilegium punitur atrociori supplicio capitali, cruce, vivicomburio aut simili. *l. 6. pr. D. ad L. Jul. pecul.* *

13. (p) Plagium ita dictum, quia fit πλαγίως, id est, *oblique & fraudulenter*; est suppressio hominis liberi vel servi alieni, cujus pœna *in §. 10.* aliquando ultimum supplicium, aliquando levior, pro meritis circumstantiarum. *l. ult. de L. Fab. de plagiar.*

14. (q) Sequuntur Crimina ambitus, repetundarum, Annonæ & Residuorum, quæ legibus Juliis puniuntur. Ambitus crimen committitur ab his, qui corruptis suffragiis petunt honores. Pœna est centum aureorum, cum infamia. *l. un. §. 1. de L. Julia ambitus.* In urbe, (pene dixeram in orbe,) cessat hodie, quoniam collatio honorum & munerum publicorum est penes Principem, qui non metuit Legem Juliam, ut est in *l. un. pr. de L. Jul. ambit.*

(r) Repetundarum tenetur, qui in publica functione constitutus, præter fas pecuniam accepit, quo magis vel quo minus faceret officium suum. *l. 1. 3. & 4. de L. Julia Repetund.* Committitur hoc etiam a proceribus, qui honores publicos, quorum ipsis collatio competit, vendunt, etenim ambitus crimen a petentibus perpetratur. In hanc speciem Edicto Ord. Frisiæ *d. 11. Martii 1647.* constituta est pœna infamiæ ipso jure committendæ; an salva pœna Juris civilis, quæ est extraordinaria pro meritis circumstantiarum, aliquando etiam capitalis *l. 7. §. 3. de L. Jul. repet. l. 1. & l. f. C. eod.*

(m) *Pos. 39. & seqq.* (n) *Pos. 26.* (o) *Pos. 28.* (p) *Pos. 27.* (q) *Pos. 44.* (r) *Pos. 36. 37.*

* In Saxonia per usualem interpretationem *LR. l. 2. art. 13.* in sacrilegos rotæ supplicium statuitur, quoties res sacra ablata est ex loco sacro, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 89 n. 18.* nisi concurrant circumstantiæ, ob quas satis gravem hanc pœnam mitigare liceat, id. *l. c. n. 61. e. gr.* si sacrilegus, ante institutam inquisitionem pœnitentia ductus, rem sacerdoti restituat, quo casu fustigationem cum perpetua relegatione dictatam, refert Berger. *El. Jurispr. Crim. p. 162. seq.* Quando vero res sacra ex loco profano, vel res profana ex loco sacro aufertur, ordinaria furti pœna locum habet, teste Carpzov. *l. C. n. 71. seq.*

Digitized by Google

eod.? Non videtur. Sanctio enim municipalis alioqui pœnas juris aufert & subducit.

15. (s) *Crimen annonæ* committitur ab eo, qui malis artibus effecerit ut annona fieret carior, estque pœna 20. *aureorum*, *l. 2. in pr. & fine de Leg. Jul. de Annon.* item gravior Extraordinaria. *l. 6. D. de Extraord. criminibus*. Hodie graviores & quandoque capitales pœnæ in Dardanarios & annonæ flagellatores constitutæ sunt; vid. Clarum §. *fin. qu.* 82. *pr.* 33. Sed & hæc pœna non immerito displicet Interpretibus & municipalium Legum conditoribus; nec dubium, quin & reliquatores extra ordinem gravius sint puniendi. Berlich. 5. *conclus.* 57. A. Matth. *de crimin. l.* 48. *tit.* 10.

(t) Residuorum alioqui tenetur, qui pecuniam publicam in usum aliquem delegatam retinuit, neque in eum consumpsit. *l. 2. ad L. Jul. peculat.* Pœna est, ut tertia parte plus solvat quam debet. *l. 4. §. 5. eod. tit.* * Reliqua in Pandectis expectanda.

16. Hæc summo digito & quasi per indicem, ὡς δυνατὸν δέξασθαι νέον, sicut Theophilus ait, *ut adolescentum captui congruat*.

(s) *Pos.* 45. & 46. (t) *Pos.* 43.

* Jure Communi Saxonico huiusmodi administrator arbitrarie, sed mitius semper quam suspendio, punitur, cum proprie pro fure non habeatur, qui rem alii possessori non abstulit, vid. *LR. l. 2. art. 29.* Carpzov. *P. 4. C. Fl. 41. def. 1.* vid. *supr. n. 91.* Sed in Electorali Saxonia gravius in reos hujus criminis animadvertitur; siquidem *P. 4. C. Fl. 41. Von vertrautem Gute.* officiales, qua appellatione comprehendit *die Schoffer*, *Verwalter*, *Vogte*, *Geleitsmanner*, *Baumeister*, *Bauschreiber*, *Zollner*, *Forster*, similesve administratores, si pecuniam dolose in proprios usus converterint, carcere & perpetua relegatione, quando residuum 50. florenis Misnensibus minus est, si 50. florenos excedat, fustigatione, imo laqueo, si centum florenos contineat aut excedat, vult coerceri. Quam constitutionem explicavit, simulque pœnam Administratorum, pecunias sibi creditas subtrahentium, auxit Potentissimus Rex noster, *in der verneuerten auch erlauterten und geschärfften* Constitution *vom anvertrauten Gute* d. An. 1705. *d. 26. Septembr.* Hæc enim (1) pœnam relegationis, quæ, si residuum excedat 30. florenos, perpetua, si 20. ad 10. annos, si 10. florenis majus sit, ad quinquennium decerni debet, vetat mutare in pœnam pecuniariam, verb. *ohne unsere ausdrückliche Einwilligung.* (2) pœnam laquei jubet locum habere, licet Administrator summam ablatam possit restituere, quo casu pœnam quandoque mitigatam fuisse antea, patet ex Carpzov. *ad d. C. 41. def. 6. & Pr. Cr. qu.* 85. *n.* 53. (3) licet in delinquentem pœna laquei aut fustigationis statuta sit, damni tamen restitutionem ex eius bonis fieri imperat, cum alias in Sax. per pœnam corporis afflictivam aut capitalem, condictio quoque furtiva extinguatur, (4) restitutionem dupli in casu, quo residuum 50. floren. minus est, amplius a pœna ordinaria liberare non patitur, ac hac ex parte D. Augusti & Christiani I. constitutionibus derogat, ac denique (5) ad administratores privatos, juratos inprimis, hanc pœnam quodammodo extendit.

Τό τέρμ' ἰδὼν χάριν Θεῷ δίδου.

DISSER-

Digitized by Google

DISSERTATIO THOMASIANA,

De furto Ancillæ Meretricis & non Meretricis,

In qua non solum L. 39. & 82. §. 2. de furtis explicantur, sed & aliæ quæstiones affines diligenter resolvuntur.

SUMMARIA.

I. Ratio differentiæ inter Ancillam Meretricem & non Meretricem subreptam, non latet in præsumpto consensu Ancillæ Meretricis. II. Nec etiam in destinatione Domini. III. Non ineptum esse consilium corrigentium textum Paulinum. IV. Sed non est ad mentem Pauli. V. Ulpianum & Paulum dissensisse, ostendit ex pari phrasi legis Ulpianeæ, tum de furto Ancillæ; VI. Tum de effringente fores Meretricis; VII. Tum de supprimente scortum; an lege Fabia teneatur. VIII. Plagii & furti differentiæ. IX. Nova difficultas orta ex l. penult. pr. de L. Fab. X. Torturæ Doctorum in explicando casu, ubi furtum servi non simul sit plagium, & primo Glossæ. XI. Deinde Struvii. XII. Tum Antonii Matthæi. XIII. Conjecturæ nostræ, origo Legis Fabiæ. XIV. Examinatæ differentiæ Glossæ inter furtum & plagium servi. XV. Item Antonii Matthæi. XVI. Ex quibus ultima approbatur, scilicet, eum, qui consilium dat ad servum furto auferendum, teneri actione furti, non vero haberi pro Plagiario. XVII. Perspicua periphrasis L. penult. de L. Fab. XVIII. Explicatur jam responsum Ulpiani de supprimente scortum. XIX. Obscuritas verborum ultimorum in illo responso. XX. Quam non tollit explicatio Glossæ, Taboris, Tholosani. XXI. In expositione Legis Paulianæ, fragmenta sententiarum Pauli præferenda esse lectioni Tribonianeæ. XXII. Ostenditur, Paulum contradicere Ulpiano. XXIII. Hujus contradictionis una explicatio de sensu Pauli universali. XXIV. Responsio pro Ulpiani sententia contra hanc doctrinam Pauli. XXV. Altera explicatio de sensu Pauli particulari, quæ approbatur. XXVI. Ausus imprudentis Triboniani. XXVII. Respondetur Tabori Tribonianum defendenti. XXVIII. Illustrantur hactenus dicta aliis textibus.

I.

Dicit Ulpianus *l. 39. de furtis*, eum, qui Ancillam Meretricem libidinis causa rapuit, vel celavit, furti non teneri: Paulus vero *l. 82. §. 2. eod.* disertis verbis asserit, *eum, qui Ancillam non Meretricem libidinis causa subripuit*, furti actione teneri. Ut adeo si verba hæc adspicias, & distinctos casus inter Ancillam Meretricem & non Meretricem distinguentes, nullus sit dissensus. Sed manet interim dubium, quænam sit ratio differentiæ inter Ancillam Meretricem, & non Meretricem. Sane utraque est res aliena, utraque rapta est libidinis causa. Si ergo is, qui Ancillam Meretricem rapit libidinis causa, ideo actione furti non convenitur, quia non lucri faciendi, sed libidinis causa rapuit, *l. 39. de furt.* sane nec iste, qui Ancillam non Meretricem libidinis causa rapit. Si dicas, eam esse differentiam, quod

Digitized by Google

quod Ancilla Meretrix consensisse præsumatur ad sui raptum, quæ præsumptio cessel in Ancillâ non Meretrice, urgebo, voluntatem aut noluntatem rerum ablatarum in criminibus differentiam non facere. Servus fugitivus sui ipsius furtum commisisse dicitur, etiamsi istud furtum ab instinctu proprio proveniat; Raptor est, qui virginem consentientem rapit.

II.

Sin ita respondeas, Ancillas considerari sub qualitate quam a destinatione domini habent, & ob id, qui destinatam quæstui Meretricio Ancillam aufert, non censeri facere furtum, sed contra facere dici, qui aufert non destinatam huic quæstui: Et licet enim ipse libidinem scopum habeat, tamen quia dominus destinatam alii fini habuit, & ita damnum directo infertur domino, ac perinde habetur, ac si animum lucri faciendi habuisset, inspecta destinatione domini, cui lucrum ablatum & interversum fuit, (quæ est responsio Bachovii ad *Wesenb. h. t. n. 6. lit. f.*) instabo: & illum, qui Ancillam Meretricem aufert, æque directo damnum inferre domino, qui interea, dum hæc Ancilla Meretrix a raptore celatur, si etiam rapta non fuisset, forte non contemnendum quæstum facere poterat. Deinde ratio *l.* 39. communiter & vere non ponitur in destinatione Ancillæ, sed in eo, quod libidinis causa rapitur. Denique nec destinatio rei ad certum usum, ullum momentum in materia furti affert. Quis enim negabit, furtum equi a domino ad equitationem destinati, æque committi ab eo, qui eum equitationis gratia, ac ab eo, qui v. g. utendi in carpento causa aufert? Aut quis renuet, æque furem esse, qui aufert pecuniam ad rerum commercia destinatam, *Ausgebe-Geld*, ac istum, qui aufert pecuniam ad casus necessitatis reservatam, *Schak-Geld*?

III.

Forte igitur recurres ad *L. non omnium. ff. de legibus*, & dices, distinctionem hanc inter Ancillam Meretricem & non Meretricem, sequendam esse, quamvis duram, quia ita leges scriptæ sunt. Sed ingenuo Jurisprudentiæ Cultori omnia prius effugia tentanda sunt, antequam ad istud ignorantiæ asylum confugiat. Quapropter, quamvis alias a correctionibus textuum abhorream, placet tamen hoc loco non sine causa, altera Bachovii *d. l.* responsio, transposita negatione in *d. l.* 82. legendum esse: *Ancillam Meretricem non libidinis causa*, quam etiam sequitur Eckolt. *ad d. tit. de furt.* §. 2. & ita nulla erit pugna inter *l.* 39. & *l.* 82. §. 2. *h. t.*

IV.

An autem hæc responsio sit ad mentem Pauli, alia est quæstio. Ego non arbitror. Conjecturæ meæ hanc in rem sunt sequentes. Lex 82. *de furt.* desumpta est ex *lib. 2. sententiarum Pauli.* Jam si fragmenta sententiarum Pauli evolvamus, deprehendimus *l. 2. tit.* 31. §. 11. (*p. m.* 53. *edit. Cujac. in annexis ad Cod. Theodos.*) hæc verba: *Qui Meretricem libidinis causa rapuit & celavit, eum quoque furti actione teneri placuit.* Quamvis autem alii hæc fragmenta corrigant, & secundum ductum *d. l.* 82. *de furt.* legant: *Qui non Meretricem &c.* Quod etiam faciendum monet Gothofred. *in not. ad d. l.* 82. §. 2. Mihi tamen contra videtur, ad mentem Pauli *d. l.* 82. §. 2. *de furt.* corrigendam secundum ductum §. 11. *lib. 2. sentent. tit.* 31. ut ita negatione plane abjecta sensus prodeat iste: *Qui Ancillam Meretricem libidinis causa subripuit, furti actione tenebitur, & si suppressit, pœna Legis Fabiæ coercetur.* Non infrequens enim est, Paulum ab Ulpiano dissentire. Conf. Eberlin. *de orig. Juris cap.* 52. *p. m.* 507. & dissensionum harum, ni fallor, jam dum exempla non una habuimus.

V.

Clarius hoc evadet, si adspiciamus verba & rationes Ulpiani *in d. l.* 39. *de furt.* VERUM EST, inquit, SI MERETRICEM ALIENAM ANCILLAM RAPUERIT QUIS, VEL CELAVERIT, FURTUM NON ESSE. Rationes dubitandi in contrarium sunt, quia abstulit rem alienam invito Domino fraudulenter, inde videtur furtum esse, *arg. l.* 1. §. 3. *de furt.* Et si quis saltem celaverit Ancillam alienam Meretricem, videtur furtum esse; Nam qui celat servum fugitivum, fur est. *l.* 1. *pr. de fugitivis*. At Ulpianus, his rationibus dubitandi non obstantibus, rationes decidendi pro negativa sua dat sequentes: NEC ENIM FACTUM QUÆRITUR, SED CAUSA FACIENDI, h. e. an aliquid furtum sit nec ne, non solum considerandum est, an res invito domino ac dolo malo sit contrectata, sed ante omnia intentio auferentis ponderari debet, an abstulerit lucrifaciendi causa, an non; si prius, furtum est, si posterius, non est furtum, *arg. d. l.* 1. §. 3. *h. t.* Inde si quis tabulas testamenti deleverit, ut lucrum inde sentiat, furtum est, si saltem ut damnum det,

det, non furti, sed actione Legis Aquiliæ tenebitur, sententia est ejusdem Ulpiani ex Pomponio *l.* 41. §. 1. *ad L. Aquil.* adde *l.* 27. §. *ult. de furt.* Ergo in præsenti casu idem esse putat Ulpianus: CAUSA AUTEM, ita pergit, FACIENDI LIBIDO FUIT, NON FURTUM, h. e. is, qui Ancillam Meretricem rapuit, aut celavit, non fecit id lucrifaciendi animo, (in quo consistit pars formalis furti) ut per Ancillam ejusque æstimationem patrimonium aut bona sua augeret, vel operis Ancillæ aliquid adquireret sibi, sed ut libidinem adimpleret suam. Hæc enim circumstantia spectat ad casum a Jureconsulto propositum, & in proposita quæstione subintelligenda est, ut sensus sit: *Si Meretricem alienam Ancillam rapuerit quis, vel celaverit* libidinis causa, *furtum non esse &c.* Quem sensum non tantum innuit vox *Meretrix*, qua Ulpianus utitur in sensu reduplicativo, quod scil. quis Ancillam Meretricem, qua Meretricem, i. e. ad adimplendam libidinem rapuerit: sed & volunt verba textus modo explicata. Nam poterit etiam quis Ancillam alienam, quæ est Meretrix, (in sensu specificativo) rapuisse, non scortationis ergo, sed lucrifaciendi animo, quæ actio omnino ad furtum spectat, *arg. legis* nostræ 39.

VI.

Ex præmissa hac decisione, Ulpianus novæ quæstionis solutionem infert. Cum enim & is, qui opem & consilium ad furtum tulit, furti teneatur, *v. g.* qui alicui nummos excussit ea intentione, ut alius eos raperet, *l.* 52. §. 13. *de furt.* modo etiam alius eos revera acceperit, *l.* 27. §. 21. *ad L. Aquil.* & haud dubie is, qui fores alienas effringit, ut fures in ædes intrare, & ibi furtum committere queant. *arg.* §. 11. *Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* (etsi enim forte neuter horum de furto aliquid participet, tamen quia illos juvant, qui lucrifaciendi intentionem habent, eandem habere censentur) inde & quæsitum fuit, quid juris de effringente fores Meretricis? Respondet JCtus noster, fluere decisionem quæstionis hujus ex præcedenti: ET IDEO ETIAM EUM, QUI FORES MERETRICIS, etiam si sit libera, EFFREGERIT, modo id fecerit LIBIDINIS CAUSA, non ut cooperetur furibus lucrum captantibus, ET SI FURES NON AB EO INDUCTI, SED ALIAS præter ipsius scientiam & voluntatem, INGRESSI MERETRICIS RES EGESSERUNT, FURTI NON TENERI. Et de hoc casu torte minus est dubium; cum hic nec contrectet ipse rem alienam, nec contrectantibus cooperetur, sed sit saltem furti subsecuti causa per accidens. Uti & is, qui injuriæ causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ sint, non tenetur furti, consentiente hac in parte Paulo, *l.* 53. *pr. de furt.* cum Ulpiano nostro: & is, qui per lasciviam, & non data opera ut furtum admitteretur, nummos alicui excusserit, quamvis illi postea a tertio furto sint ablati, non furti conveniri potest, sed actione in factum, *l.* §. 11. *Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* h. e. Actione L. Aquil. utili, *per tradita a me in Philosoph. Jur.* §. 148. 149.

VII.

Sed ut revertamur ad casum initio propositum, quamvis dictum sit, eum, qui celavit alienam Ancillam meretricem, non committere furtum; AN non TAMEN LEGE FABIA de plagiariis TENETUR, QUI SUPPRESSIT SCORTUM LIBIDINIS CAUSA? quærit porro Ulpianus. *Scortum* dicit, non, ut in priore quæstione, *Ancillam Meretricem*: quia enim jam de plagio ipsi sermo est, plagium vero præter servos etiam in liberis hominibus committitur, inde quæstio præsens tam de Meretrice libera, quam de Ancilla intelligi potest. Utrobique enim est eadem decidendi ratio. Sed quænam? Respondere non possumus, nisi sciamus, quid sit plagium, & quomodo a furto differat.

VIII.

Rem difficilem facit *lex penult. pr. de l. Fab. de plagiar.* Equidem communiter describitur plagium, quod sit fraudulenta suppressio liberi hominis, aut servi alieni. vid. Anton. Matth. *de Crimin. ad lib.* 48. *tit.* 12. *cap.* 1. *n.* 2. *p. m.* 592. Ex qua descriptione certum quidem est, illam esse differentiam inter furtum & plagium, quod non omne plagium sit furtum, quia liber homo furti objectum haud est, nec omne furtum sit plagium, quia furtum committitur etiam in aliis rebus, quam servis; At servorum quod attinet suppressionem, videtur ea & ad furtum referenda, ob *l.* 1. *pr. de fugitiv.* & ad plagium, non solum ob dictam plagii definitionem, sed maxime ob *l. penult.* §. 2. *de l. Fab. de plagiar.* adeoque ob hoc factum & civiliter actione furti, & criminaliter ex Lege Fabia agi posse.

IX.

Verum *non statim plagiarium esse, qui furti crimine ob servos alienos interceptos tenetur,* Cal-

Digitized by Google

Callistratus inquit *d. l. penult. pr.* Cur hoc? Rationem eam esse ait, quia *Divus Hadrianus in hæc verba rescripsit: servos alienos qui sollicitaverit, aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur, nec ne, facti quæstio est*, (vel ut Florentina & Holoandrina, legunt, *facit quæstionem.*) Expectas haud dubie genuinam differentiam inter furtum & plagium servi intercepti, & adeo quæstionis propositæ resolutionem ex Imperiali Rescripto. Sed falleris; ita enim respondet Hadrianus, qui tamen omnium controversiarum decisiones in scrinio pectoris debebat habere, ut dubium magis reddat animum consulentis, quam ut eundem informet. Sic autem pergit: *Et ideo non me consuli de ea re oportet*. Hoc *ideo* concludere equidem, si secundum editionem glossæ in verbis antecedentibus legeretur, *Facti quæstio est*: Consuli enim debet Imperator non de quæstionibus facti, sed de controversiis Juris, *l. 79. §. 1. de judiciis*. (& propterea glossa *ad d.l.* nostram, bonam hanc esse rationem, asserit) At lectionem illam haud esse probabilem, vel ex eo constat, quod de facto, scilicet de sollicitatione & interceptione servorum, constabat: An autem ista sollicitatio & interceptio sit plagium, an furtum, quæstio juris erat, non facti; Sin autem lectionem Florentinam retinemus; istud *ideo* maxime videtur esse absurdum & ἀπροσδιόνυσον. Quid enim hoc est? Ideo quia quæstio est, an ejusmodi servorum interceptio sit plagium, an furtum, non debet Imperator, qui tamen authenticus est legum & controversiarum graviorum Interpres, consuli? Quis ergo alius consuli debet? *Sed*, inquit Imperator, *quod verissimum in re præsenti cognoscitur, sequi Judicem oportet*. Itaque Judex consulendus, & ejus decisio observanda. Unde vero Judex fundamentum decisionis sumet? Etsi enim dicamus, ipsius arbitrio hujus controversiæ finitionem relinqui, arbitrium tamen Judicis numquam sine norma est, de qua norma quæstio hic proponebatur Imperatori. Et quæ denique sequuntur verba, magis ancipitem reddent Judicem. *Plane sciri debet, posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen statim plagiarium esse existimari*. Non licet igitur Judici semper interceptorem dolosum servorum ut plagiarium condemnare. Quando itaque licebit? Et quando non licebit? Debuisset sane Hadrianus differentiam interceptionis ostendere, & circumstantiam illam, quæ impediat, quominus non omnis interceptio fraudulenta servi ac furtiva, simul plagii nomine veniat. Sed hoc nequaquam esse factum, ex eo colligo, quod alias haud dubie Callistratus verba ista illustrantia, si quæ superfuissent, addidisset.

X.

Deprehendo autem apud Scriptores, quamvis dissimulent, quam se torqueant in explicanda hac diversitatis ratione. Glossa ad *d. l. lit. d.* ut explicet mentem Imperatoris dicens: *posse aliquem furti teneri*, addit. *Ut si opem ad furtum præstitit, vel quia etiam corrupit, ut fugeret: nec subripuit, ut exportatione dominum celaret*. Verum is, qui opem simpliciter ad furtum præstitit, huc non spectat, quia non quæritur de differentia inter furtum & plagium, sed inter servorum interceptorum furtum & plagium; Sin vero glossæ hæc sit mens, quasi is, qui opem ad furtum servi præstiterit, non sit plagiarius, illud quidem esset contra *d. l. 6. §. 2.* verb. *quive in earum qua re socius erit*. Conf. Anton. Matth. *d. l. num. 4.* Deinde quod eum, *qui corrupit servum, ut fugeret*, attinet, & hunc pro plagiario habendum esse, ostendunt *d. §. 2.* verba: *quique servo alieno servæve persuaserit*, & notavit jam hunc glossæ errorem Anton. Matth. *d. n. 4.* Magis ad rem præsentem videntur facere verba ultima glossæ, de eo, *qui subripuit servum, non tamen eo animo, ut ipsius exportatione* (dicere voluit *de exportatione*, vel, *exportationem*) *Dominum celaret*, ut scilicet ea inter furtum servi intercepti & plagii sit differentia, quod fur sit is, qui servum intercepit, nec tamen post interceptionem eundem domino celat, plagium autem insuper qui celat eundem domino. Et huic opinioni præprimis favere videtur *d. §. 2. hujus legis sextæ*, nisi quod ex verbis: *quique servo alieno servæve persuaserit, ut a domino dominave fugiat*, in contrarium possit argumentatio institui. Si enim is plagiarius est, qui saltem servo fugam persuasit, videtur & is esse, qui revera subripuit, etsi post subreptionem non celet eundem. Sed hanc differentiam infra examinabimus.

XI.

Dominus Struv. *in exercit. penult. th. 83.* ut ostenderet statim in definitione plagii ejus a furto differentiam, dicit plagium esse crimen, quod committatur fraudulenta liberi hominis & servi alieni, *alia scilicet quam ejus lucri causa facta* suppressione. Ergo ex hujus mente fur-

furtum servi fit lucri faciendi causa, plagium non item. Desidero hic textum Juris civilis. Provocat quidem Vir Magnif. ad Anton. Matthæi *d. l. c.* 1. sed apud eum nihil horum quicquam deprehendo. (Forte cum hæc scriberet Dn. Struvius, præ oculis habuit Autorem nostrum, quem vid. *exerc. ult. th.* 15.) Videamus ejus verba, iisque statim immisceamus censuram nostram.

XII.

Quantum ad nominis etymon attinet, inquit *d. t. n.* 2. *seqq. dictum est plagium juxta Isidorum ἀπὸ τοῦ πλαγίου, vel πλαγίως, quod non solum transverse seu oblique, sed & dolose sonat. Inde plagiarii, qui dolose homines alienos supprimunt: ipsumque plagium nihil aliud, quam fraudulenta suppressio liberi hominis, vel servi alieni. Cæterum supprimitur liber homo, cum sine vi, dolo malo, abducitur, proque servo venditur, habetur, servus quoque, cum sine vi abducitur, cum ei fuga persuadetur, aut fugitivus celatur, l.* 1. 3. 4. 5. 6. *§. ult. h. t l.* 1. 2. 5. 9. *pen. C. eod. quod dicimus* sine vi, *id tum nominis notatio* (modo allata, quod plagium fiat transverse seu oblique. Sed quemadmodum ista etymologia non ab omnibus probatur, vid. omnino *Dn. Patris dissert. de plag. literar.* §. 30. & si τὸ πλαγίως per *dolose* explicetur, quod facit Matthæi in verbis modo relatis non stringit, cum & violenta ablatio dolose fiat; ita quamvis de priori derivatione certo constet, notum tamen est, ab etymologia plerumque infirma duci argumenta) *tum Antonii Constitutio suggerit, qui in l.* 1. *C. ad L. Fab. de plag. rescripsit, si per violentiam mancipium ereptum fuerit, accusationem legis Juliæ de vi intendendam esse.* Quod hanc probationem attinet initio, verbis expressis in *d. l.* 1. *C. t. t.* non dicitur actionem Legis Juliæ de vi intendendam esse: *Quod si*, inquit Imperator, *per violentiam mancipium ereptum est, accusationem EJUS non prohibetur intendere*. Hic ergo τὸ EJUS poterit commode explicari tam de accusatione Legis Juliæ de vi. Priori casu sensus *d. l.* 1. is erit: *Pater tuus adversus eum, a quo sollicitatam ancillam, plagio quoque facto exportatam queritur, apud suum Judicem civiliter in rem actione instituta consistat. Si vero in causa tenuerit, etiam Legis Fabiæ crimen persequi poterit*, quia scilicet actio rei persecutoria non tollit actionem criminalem. Et quamvis in libello tuo supplici nullam mentionem feceris, an ille sollicitator sine vi, an cum vi servum Patris tui exportaverit; aut, quamvis in libello tuo supplici dubium moveas eo quod sollicitator iste servum Patris tui vi exportaverit; tamen *quod si* etiam *per violentiam mancipium abreptum sit*, accusationem ejus, i. e. vel Legis Fabiæ, vel delinquentis ex lege Fabia, non *prohibetur* pater tuus, finita rei vindicatione *intendere*. Et ita si explices *legem* 1. *C.* sententia Antonii Matthæi ex ea non probabitur, sed refutabitur. Atque huic opinioni videtur favere Treutl. *Vol.* 2. *disp.* 32. *th.* 9. *lit. i.* Altero casu & ex mente Antonii Matthæi, etsi per τὸ EJUS intelligas actionem legis Juliæ, uti quoque glossata editio in marg. testatur in manuscriptis nonnullis loco EJUS, legi VIS, tamen id, quod exinde probari vult Matthæi, nequaquam probabitur, sed iste sensus evadet: *Quod si vero per violentiam mancipium abreptum est*, pater tuus finita rei vindicatione *accusationem* etiam *ejus* violentiæ vel Legis Juliæ de vi *non prohibetur intendere*, sed cum duo hic sint delicta & plagii & vis, electionem habebit, ex utro velit accusationem instituere. Et hunc sensum suadent verba: NON PROHIBETUR. Si enim Imperator dixisset: DEBET intendere, haberet forte, quod allegare posset Matthæi. Jam autem quocunque modo explicet textum istum, sententiam suam tamen ille non confirmabit. Pergimus in verbis Matthæi: *Habet igitur plagium cum hoc* (furto) *commune, ut fiat sine vi, clam & obscure, nec tamen propterea quisquis furti tenetur, is idem plagiarius est l. pen. ff. de L. Fab. de plag.* (Sed jam supra dictum: non confundi debere quæstiones duas distinctas: unam an inter furtum in genere & plagium sit differentia? Alteram, an inter servi intercepti plagium & furtum sit discrimen? De priori non est dubium, at de posteriori maxime dubia agit *l. pen. ff. de L. Fab. de plag.*) *Quippe qui vi rapit servum alienum, etiam furti tenetur, l.* 1. *ff. de vi bon. rapt. at plagiarius, ut modo dictum, non est*,(sed etiam modo ostensum est, hanc differentiam a Matthæi firmiter non probari. Tentabimus tamen, an non ex ipsa *lege penult. ff. de L. Fab. de plag.* pro opinione Matthæi possit argumentum adduci. Recentiores editiones ita legunt §. 2. *d. l. penult. Lege Fabia cavetur, ut liber, qui hominem ingenuum vel libertinum invitum celaverit, INVINCTUM habuerit . . . . , quique servo alieno servæve persuaserit, ut a domino dominave fugiat, vel eum eamve invito vel insciente domino dominave celaverit, INVINCTUM habuerit, emerit, sciens dolo malo, qui-*

quive in ea re socius erit, ejus pœna tenetur. Vides hic utrobique & in libero, & in servo per plagium subreptis, requiri, ut plagiarius eos INVINCTOS habeat, ex quo videtur concludi posse, quod absque vi debeat plagium *committi*. Sed & hæc lectio non est constans: Quippe glossata mea non solum pro INVINCTUM utrobique legit: VINCTUM, sed & hanc lectionem sequuntur non pauci Doctorum; Exemplo sit Farinacius *de furt. qu.* 166. *n.* 45. Et suadet quoque hanc lectionem vox: INVITUM *in d.* §. 2. ut taceam illud INVINCTUM minus latinum esse quam VINCTUM. Et si vel maxime de lectione recentiorum editionum constaret, nihil tamen firmum exinde concluderetur, quia possum servum alienum initio per violentiam apprehendisse, quem tamen postea invinctum teneo &c. Manet ergo dubium adhuc circa primam differentiam a Matthæi inter furtum & plagium servi intercepti positam. Audiamus etiam recensentem reliquas:) *Et qui in ipso*, pergit, *servi furto deprehensus est, furti quidem tenetur, sed plagii non tenetur*. (Desidero hic iterum probationem:) *Hoc amplius furtum committit, qui servum suum pignori datum creditori surripit, plagium non committit*. (Hanc differentiam concedo, sed ad *d. l. pen. pr.* quicquam facere nego: cum ibi Imperator esse dicat differentiam inter servorum ALIENORUM furtum & plagium.) *Denique furti tenetur, cujus ope, consilio furtum factum est, plagii non æque. Nec adversatur, quod qui plagiario, in qua re socius est, & ipse plagiarius fit, l. pen. §. ult. ff. de L. Fab. de plag. Socium enim intelligere debemus, non qui consilium duntaxat dedit, aut scalas forte commodavit, sed qui societatem sceleris contraxit, & in ipsa suppressione socius fuerit. Accursius affert & hanc differentiam, quod qui servo fugam persuasit, fur fit, non tamen plagiarius. Verum id falsum esse ex eadem l. penult. apparet, ubi nominatim Callistratus docet plagiarium esse, qui servo alieno persuasit, ut a domino fugiat. Dices: Atqui persuasio consilium est: sufficit ergo consilium ad accusationem. Respondeo: sufficit si servo persuaseris, non si persuaseris tertio*. (Summa eo redit, quod furtum servi committatur etiam mero consilio absque ope, plagium non committatur solo consilio plagiario dato, si non simul quis opem reipsa tulerit. Sed desiderare & hic quis posset probationem.)

XIII.

Jam in his de furti & plagii in servis commissi differentia sententiarum varietatibus; quam sententiam amplectemur? Si verba legis Fabiæ in titulo Digestorum & Codicis fuissent expressa, aut positivi quippiam circa hanc quæstionem ibi deprehenderetur, essemus in salvo. Jam cum nec Legis Fabiæ verba extent, neque leges ullæ Juris Justinianei nos hac in parte informent (quam enim dubiæ sint illæ omnes, quæ a Doctoribus hunc in finem adducuntur, satis ut puto in antecedentibus ostendi) conjecturis erit opus. Igitur ante omnia inquirendum erit in historia Romana, an Lex Fabia prior fuerit plagiarios puniens, an vero edictum Prætoris, vel alia quædam lex ante edictum fures coercens. Non vero dubito, quia furtum frequentius semper est, quam plagium, quin lex in furtum lata tempore fuerit antiquior in Republ. Romana, quam Lex Fabia. Coercuit autem lex ejusmodi, vel edictum Prætoris, contrectationem fraudulosam RERUM alienarum invito domino lucri faciendi causa factam. Ergo cum & servi Jure Romano rebus magis quam personis æquiparentur, & interceptio servorum jam lege ista fuerit notata, inde non fuit opus ob horum surreptionem novam legem invenire. Sed quemadmodum quotidie crescere soleant delicta, ita & in Republ. Romana fures hominum non contenti ablatione servorum alienorum, cum hæc res quandoque impune ipsis cederet, neque adeo pœna dupli, aut quadrupli tanta esset, ut ipsos flagitio absterreret, cœperunt etiam liberos homines malis artibus surripere, eosque postea in alium locum exportare & ibi vendere ut servos. Non debebat hic quiescere Legislator Romanus, sed crescentibus delictis pœnæ quoque debebant crescere, præprimis cum liberi hominis contrectatio, tanquam inæstimabilis, quique non REI, sed personæ appellatione in jure venit, ad legem furtum coercentem referri non poterat. Lata igitur fuit tempore Fabii Labeonis anno urbis conditæ 171. (ita Perez. *ad Cod. h. t. n.* 1 an recte, alii judicent. Ego non puto, nam anno 171. urbs adhuc erat sub regibus. Quin potius legendum erit *anno* 571. nam hoc anno in Chronologia Romana Henrici Glareani deprehendo Qu. Fabium Labeonem inter Consules) Lex Fabia de plagiariis in eos animadvertens, qui liberos homines, ut & servos alienos fraudulenter & lucri faciendi gratia contrectassent, *arg. t. t. ff. & C. de L. Fabia de plagiar.* Hic maxime probabile est, per Legem Fabiam omnem suppressionem

pressionem liberorum hominum fuisse notatam, sive fieret ea per dolum & astutiam, sive per meram violentiam. Nam si solam astutiam correxisset Lex Fabia, impunes fuissent, quod esset absurdum, violenti raptores, cum tum temporis nec lex Plautia, nec lex Julia lata fuerit. *Plautiam enim doctissimus Sigonius*, sunt verba Matthæi *lib.* 48. *tit.* 4. *c.* 1. *p.* 441. *a Catulo Consule latam scribit, una cum P. Plautio Tribuno plebis post Lepidum collegam pulsum atque in Sardinia interfectum* (in indice Glareani anno urbis conditæ 676. deprehendo consules M. Æmilium Lepidum & Q. Luctatium Catulum: Sed nescio an hunc annum intelligat Sigonius, cum anno 688. item 708. etiam inter Consules adhuc ponatur M. Æmilius Lepidus, nisi forte hic posterior sit prioris, quem Sigonius pulsum & interfectum dicit, filius) *Alii vero Cn. Pompejo Strabone & L. Porcio Catone Coss.* (hi regnarunt anno urb. cond. 665.) *a M. Plautio Silvano, Trib. Pl. latam existimant, Juliam alii Cæsari, alii Octavio Augusto adscribunt. Sed verius est Augusti esse.* Porro quod serviles homines attinet, & illud certum est Plagium servi esse speciem furti, adeoque ab hoc tanquam latiori differre, ut angustius. Ideoque omne plagium servi alieni erit furtum, cum & hic adsit contrectatio rei alienæ, *l.* 3. *pr. ff. de lege Fabia*, fraudulosa, *d. l.* 3. *pr.* lucri faciendi gratia, quæ est definitio furti Quamvis enim quoad lucrifaciendi animum cum aliis supra dissentire dixerim Dn. Struvium, putantem, plagium alio quam lucrifaciendi animo fieri, tamen ad hanc opinionem, ut alia taceam, infra cum ad leges nostras 39. & 82. *de furt.* reversi fuerimus, dicenda, vel exinde responderi potest, quod furtum illud Kauffungianum communiter a Dd. & Collegiis Juridicis pro plagio fuerit habitum, quamvis hic omnino Kauffungius nullum habuerit alium, quam lucrifaciendi animum. Vide Carpz. *Crim. qu.* 83. *n.* 90. Petri Albini *Hist. Misen. P. I. c.* 21. Et si non omne plagium servi esset furtum, haud dubie id notassent vel Hadrianus vel Callistratus, *l. pen. ff. de leg. Fab.* cujus tamen rei ibi est altissimum silentium. Deinde nec de hac propositione est dubium, quod non omne furtum sit plagium servi, sed furtum tanquam genus prædicetur de furto aliarum rerum, quam sunt servi. Saltem ergo de hac propositione quæstio est, an furtum servi & plagium servi coincidant, seu an quemadmodum omnis plagiarius servi est fur, ita & omnis fur servi sit plagiarius? Negantibus hoc & Callistrato & Hadriano, nec tamen differentiam distincte ponentibus, & hic operam dabimus, ut quoniam non per leges expressas differentiam ostendere possumus, saltem ostendamus eam per conjecturas probabiles, quæque non pugnent cum legibus.

XIV.

Ex iis, quas glossa ponit, differentiis, primam, quod ab eo, qui opem tulit ad furtum servi, furtum committatur, non vero plagium, ut & secundam, quod corruptor servi, ut fugeret, fur fit, non plagiarius, contra *d. l. pen.* §. 2. esse jam supra ostendimus, Restat ut examinemus distinctius tertiam glossæ differentiam; istum scilicet, qui servum alienum subripuerit, alio tamen animo, quam ut ejus exportationem domino celet, esse furem non plagiarium. v. g. Subripuit quis domino servum, sed post subreptionem dum dolo malo persuasit servo, ne iterum ad dominum priorem accedat, non celat eundem domino pristino, sed palam eodem ut servo proprio utitur. Hoc factum in furti crimen incidere forte est sine dubio, præsupposito nimirum, quod fraudulenter, i. e. dum sciverit, se non esse dominum servi & lucrifaciendi causa id perpetraverit suppressor. Sed non esse plagium ideo dicit glossa, quia non celat servum domino. Unde & *ad l.* 1. *ff. eod. tit. u.* commentatur: *An idem* (plagium committit) *si quis sciens vendat vel emat servum alienum, vel alias contrectet? Respondeo. Sic, si animum celandi dominus* (legendum: *dominum*) *habuit, ut infra eod. l. pen.* §. *lege.* Sine dubio autem glossator ad hanc opinionem fuit commotus, quod in *d. l. pen.* §. 2. (cujus verba supra *p.* 221. dedimus) aliquoties videret occurrere vocem CELANDI. Verum ut & hac in parte a glossa recedam, plures me movent conjecturæ. Nam in *d.* §. 2. non solum is, qui servum alienum inscio & invito domino celaverit, sed & qui vinctum (an invinctum? Per supra dicta) habuerit, aut sciens emerit, plagii reus est, quas duas circumstantias a celatione separat JCtus. Deinde *L.* 5. *ff. eod.* statuitur, quod is, qui fugitivum alienum celasse doceatur, non obstante eo, quod proprietatis quæstionem domino referret, plagii pœnam evitare minime possit, ex quo infero, quod & is, qui servum alienum subripuit, etiamsi postea illo palam utatur, vel proprietatem, vel aliud quid caussatus, non liberatus sit a crimine plagii. Denique nulla apparet ratio, cur legislator ejusmodi furem servorum sub lege Fabia contineri noluerit.

Certe non solum is fur est, qui rem nobis subreptam celat, sed & ille, qui re semel subrepta eandem palam ad se transtulerit, non timens videlicet ut in furto deprehendatur, vel qui re furto sublata & clanculum ad se translata, palam utitur. Imo in his posterioribus quo major est impudentia, eo majus quoque est peccandi cacoëthes, & propterea eo majore animadversione, vel saltem non leviore in ejusmodi delinquentes est opus. Simili ratione videretur contra rectæ rationis dictamen esse, si Lex Fabia in istum saltem servi furem animadvertere voluisset, qui eum post subreptionem celavit, eum vero impunitum dimittere, qui post interceptionem servo palam ut proprio, abjecto omni pudore, usus fuit.

XV.

Pergo ad Antonii Matthæi differentiam primam, quod fur sit, qui servum etiam per vim intercipiat, non autem plagiarius, cum ad plagiarium requiratur, ut sine vi servum sit furatus. Hic superius ostendi, & textum & rationem Antonii Matthæi non firmiter concludere. Jam facili negotio etiam ostendere possum, opinionem istam minus esse probabilem. Fur violentus improbior fur est, quam fur clandestinus. *pr. Inst. de vi bon. rapt.* Quis ergo Legislator hujusmodi furem impunitum dimitteret, nisi illud tritum sibi occini velit audire: *Dat veniam corvis, vexat censura columbas.*

Nec est quod dicas; imo non impunitos mansisse ejusmodi fures improbos, sed jam Legibus publicis vim coercentibus fuisse notatos. Ergo non opus fuisset, ut Lex Fabia illos de novo coerceret. Atqui antea ostendi, & Legem Plautiam & Legem Juliam vim coercentes fuisse recentiores lege Fabia. Et præterea etiamsi demus, jam ante latam legem Fabiam aliquam legem contra vim Romæ in observantia fuisse; tamen ideo non necessarium fuisset, ut Fabius in lege sua exceptionem faceret de fure violento, quemadmodum secundum nostram hypothesin (lege Fabia puniri etiam plagiarium violentum) non opus fuit, ut in lege Julia de vi diu post Legem Fabiam introducta exciperetur fur violentus, tanquam jam lege Fabia notatus, docet quippe Imperator, *l. 1. C. ad leg. Fab.* & hunc ex lege Julia accusari posse. Altera Matthæi differentia, quod servum intercipiens, & in servi furto deprehensus pro plagiario non sit habendus, uti nullo argumento probatur, ita & nequaquam esse probabilem, evincunt ea, quæ modo ad differentiam ultimam glossæ disseruimus.

XVI.

Restat igitur, quod ultimo loco supra Antonius Matthæi attulit discrimen; furem esse, qui consilium ad furtum servi dedit, non vero esse plagiarium: quod solum aliqua ratione probabili niti mihi videtur. Quamvis enim supra dixerim, & hic probationem desiderari, tamen etsi leges expressæ nos deficiant, non deficit tamen ratio, vel conjectura probabilis, legibus haud contraria, qua in præsenti materia nos contentos esse debere monui: Jam vero certum est, etsi is, qui consilium dat ad crimen, suo modo etiam de delicto participet, per ea quæ latius tradunt Hugo Grotius *de J.B. lib. 2. c. 21.* & ibi commentatores ejus, certum tamen est, etiam consilium nudum dantem & delictum non exequentem non æquale committere crimen, & consequenter non æquali pœna delicto semper proportionata esse dignos. Notandum vero ante omnia, quod vox Consilii, ut & mandati, sumantur vel late, ut unum de altero promiscue prædicetur, vel stricte, ut sibi invicem contradistinguantur, & tunc mandans est, qui alicui delictum aliquod gratis exequendum suadet in suam mandantis utilitatem, ita ut, si absque mandante fuisset, mandatarius delictum non perpetrasset, consulens vero dicitur, qui in utilitatem ejus, cui dat consilium, certas quasdam circumstantias illi ad delictum perpetrandum suppeditat, ita tamen, ut ipse consulens nullam inde utilitatem sentiat, & alter delictum etiam perpetrasset, quamvis absque consulente fuisset, vid. Carpzov. *Crimin. qu. 4. n. 2. 3.* Hic consilium in sensu stricto accipimus. Quamvis igitur in Jure Civili infinitæ leges deprehendantur, quæ & consilium eadem pœna, qua ipsum delictum esse puniendum asserunt, vid. Ant. Matthæi *de Crimin. Proleg. c. 1. num. 7. p. 3. & ad lib. 48. ff. tit. 18. c. 4. n. 18. pag. 799.* Communis tamen schola DD. distinguit, fueritne reus & absque consilio peccaturus, nec ne: Priori casu existimat, eum, qui consilium dedit, puniendum esse lenius, posteriori casu puniendum esse pœna ordinaria. Et secundum hanc distinctionem non solum dictos Juris Civilis textus explicari posse statuit Anton. Matthæi *l. l. p. 799.* sed & secundum eam Carpzovius illum, qui homicidium mandaverit, a pœna ordinaria homicidii, adducto præjudicio, liberandum esse concludit *Crimin. d. qu. 4. n. 27. 32.* Unde & obiter infero a minori ad majus, quod secundum hanc distinctionem limitanda sint alia loca ejusdem Carpzovii eandem pœ-

nam

nam in mandantem & mandatarium decernentia, in crimine rapinæ, *qu.* 91. *n.* 21. 22. 23. 54. abacti partus, *qu.* 11. *num.* 10. diffidationis, *qu.* 37. *n.* 43. 47. incendii *qu.* 38. *n.* 48. 49. 53. & veneficii. *qu.* 50. *num.* 32. 35. Quo notato de illo jam nobis constare debet: An is, qui homini citra ipsius consilium servum intercepturo consilium absque ope suppeditat, & ita quidem, ut ipse consulens nullam spem habeat de lucro participando ex futura servi interceptione, eadem subsecuta, pro fure haberi, & in eum actio furti instituti debeat? Nos putamus affirmandum esse *per l.* 52. *pr.* & §. 19. *ff. de furt.* non obstante §. 11. *Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* utpote qui de consilio simplici loquitur & nudo hortamento, v. g. si quis absque determinatione personarum & modi alicui furtum suaserit. Nobis vero sermo est de consilio prægnante aut qualificato, quod Ulpianus *l.* 50. §. 3. *de furtis* describit: *Consilium dare videtur, qui persuadet & impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum.* Cum itaque ejusmodi Consiliarius jam satis videatur punitus esse, quod etsi non contrectasset rem alienam, nec ullum lucrum inde sensisset, tamen actione furti in duplum conveniatur, ideo præsumendum est, *arg. d. l. pen. pr. de L. Fab. de plagiar.* legem Fabiam in eum nova & extraordinaria pœna advertere noluisse. Hæc est conjectura mea de sensu *d. l. penult. pr.* quæ tamen facile aliis meliora docentibus cedet.

XVII.

Cæterum cum supra *d. princ. l.* 6. cum dubiis, quæ in ejus lectione cuidam occurrere poterant, & rationibus rescriptum Hadriani ut ineptum oppugnantibus recensuerimus, non pigebit idem cum periphrasi illud perspicue explicante, & rationes decidendi suppeditante, corollarii loco subjungere. Scilicet narraverat quispiam Hadriano in libello supplici, Titium v. g. servos alienos sollicitasse aut intercepisse; & quæsiverat, an is sollicitator, vel interceptor plagii teneatur nec ne? Respondet ei Hadrianus: *Servos alienos, qui sollicitaverit aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur, nec ne, facti quæstio est*; (h. e. factum, quod tu mihi proposuisti, non sufficienter enumeravit circumstantias ad crimen Plagii, ut & ad quodlibet furtum necessarias. Nam non omnis, qui servum alienum sollicitavit & intercepit, pro fure aut plagiario habendus est, sed qui id fecit dolo malo. Is enim, qui justa opinione domini & bona fide servum, etsi revera alienum, sollicitavit aut intercepit, nequaquam fur aut plagiarius est, *l.* 3. *ff. de L. Fab. l.* 8. *C. eod.* Ergo quamdiu de dolo malo intercipientis nihil proponis, proposita quæstio in facti recensione manca est) *& ideo non me consuli de ea re oportet, sed quod verissimum in re præsenti* (coram Judice super circumstantia doli mali) *cognoscitur, sequi Judicem oportet. Plane autem* (etsi forte judex rerum ob interceptum servum alienum pro fure declaraverit) *scire debet* (ne tu forte eundem & pro plagiario habeas) *posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen statim plagiarium esse existimari* (velut si quis nudum consilium plagiario dederit, & ideo si is, de quo quæsivisti, & ipse ad interceptionem servi consilium saltem suppeditavit, nec is plagiarius erit.)

XVIII.

Obliti pene fuimus Ulpiani nostri, cujus tamen gratia hanc etsi citra spem satis prolixam disputationem super intellectu *d. l. penult. pr. ad L. Fab.* instituimus. Ergo redeamus in viam, & quid ipse ad propositam quæstionem, de eo, qui scortum libidinis causa suppresserat, an lege Fabia teneatur, respondeat, audiamus. ET NON PUTO, inquit, TENERI, ET ITA ETIAM EX FACTO, CUM INCIDISSET, DIXI. Ratio ex iis, quæ jam disputavimus, in promptu est. Omne plagium servi est furtum. Ergo ubi non est furtum, ibi nec plagium. Jam vero dixerat JCtus, eum, qui Ancillam alienam libidinis causa suppressérat, furtum non committere, fluit ergo sua sponte, quod nec plagium committat. Notare hanc JCti decisionem debent illi, inter quos est Autor *ex. ult. th.* 15. qui istam inter furtum & plagium servi notant differentiam, quasi furtum committatur lucrifaciendi animo, plagium non item. Si enim ista opinio procederet, haud dubie respondisset Ulpianus in proposita quæstione, istum suppressorem pro plagiario esse habendum, quia in præcedentibus satis demonstraverat, eum non lucrifaciendi causa ancillam rapuisse. Contra quos & illud denique observari velim, & crimen raptus evincere, quod ad plagium ejusque formale omnino requiratur lucrifaciendi animus. Nam & plagium committitur rapiendo liberum hominem, & raptus. Differentia autem inter plagium & raptum est, quod raptus fiat libidinis causa, Struv. *Exerc.* 49. *th.* 41. h. e. non lucrifaciendi animo, *arg. l. nostræ* 39. *de furt.* plagium autem lucrifaciendi animo, v. g. si quis virginem rapiat, ut eam vendat &c. cum se-

Digitized by Google

cundum Autoris determinationem plagii hæc potius inverti deberent, uti is, qui virginem *v.g.* rapit, ut iterum vendat, non plagiarius sit, sed fur simplex, quia raperet lucrifaciendi animo, e contrario is, qui virginem ad libidinem rapit, non raptor sit, sed plagiarius, quia lucrifaciendi animo destituitur. Sed ad Ulpianum nostrum. Hic ut non saltem ad quæstionem propositam responderet, sed & objectionem, quæ contra decisionem suam proponi poterat, removeret, addit sequentia: HIC ENIM TURPIUS FACIT QUAM QUI SURRIPIT: SED QUIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FUR NON EST.

XIX.

Verba iterum nimis obscura: ut nescias, contra quam thesin ratio dubitandi sit directa: Ille, qui surripit ancillam libidinis caussa, turpius facit, quam qui simpliciter surripit lucrifaciendi animo, verum est, sed quid inde concludi debet? An illud? Ergo qui ita ancillam intercepit, fur est? Ita quidem conjectari licet ex responsione Ulpiani contradicentis, quod fur non sit. At si hoc modo formata fuerit objectio, aperta laboret ineptitudine concludendi, cum nequaquam sequatur; hic turpius quid committit quam fur, ergo fur est: Poterit enim esse adulter, homicida, blasphemus &c. An illud exinde debemus inferre: Ergo ejusmodi rapiens ancillam alienam non debet impunitus relinqui, cum tamen JCtus eum in lege nostra ab omni poena absolvere videatur, dum eum nec ut furem, nec ut plagiarium puniri posse asserit? Si is est sensus objectionis, uti videtur esse, non recte se habet responsio JCti, diversum quid ab objectione respondentis. Objiciebatur enim, istum raptorem esse puniendum, & Ulpianus respondet, eum non esse furem. De alio objectio loquitur, de lactuca responsio. Deinde nec ratio magis perspicua ea, quam Ulpianus suppeditat: *quia secum facti ignominiam compensat*, sive exinde concludere velit JCtus, eum non esse furem, quod verba suadent, sive eum non esse puniendum, quod objectio desiderat. Quid enim est hoc loco: eum, qui alienam Ancillam rapit libidinis caussa, secum facti ignominiam compensare? Ut ingenue fatear ignorantiam meam, quid velit Ulpianus, capere nequeo. Compensatio semper est inter duos & diversorum debitorum mutuorum. Hic autem una persona raptor est Ancillæ duplici delicto conspicuus & raptu & libidine. Compensabitur igitur raptus Ancillæ cum libidine, unum delictum cum altero delicto ejusdem hominis? Hoc vero est contra communem compensationis conceptum.

XX.

Conatur equidem glossa hæc Ulpiani verba illustrare. *Sic*, inquit, *supra de jurejur. l. nam postea quam*, *& l. duobus*, *& arg. supra de offic. Præs. l. dives in fine*. Sed nec hic intelligo, quid textus allati ad explicationem legis nostræ faciant: Doctissimus Tabor *in racemat. crim. ad l. nostram 39. p. m. 207. in versu: AN TANTUM VEL FABIA &c. ratio decidendi obscura est. Sic autem declaratur a Petro Gregor. lib. 36. Syntagm. cap. ult. num. 10. Impunitum constitui reum ob personæ, quam supprimit, vilitatem, quæ turpitudine vitæ indignam se legum animadversione reddiderit. Quin imo satis puniri supprimentem facti ignominia juxta illud Græcorum dicterium: τὰ ἴσα πλημμελήματα ἀντισυλλογίζονται. Paria delicta mutua pensatione inprimis cum pecuniariter intersit, l. 10. §. 2. de compens. dissolvuntur, l. viro 39. solut. matrim. l. 7. rer. amotar.* Hic illam responsionem ad objectionem prolatam tolero de vilitate personæ, in quam fuit delictum commissum, nempe meretricis. Nam nec eum, qui Meretricem liberam rapuisset libidinis causa, ut raptorem puniendum esse, latius probat Ant. Matthæi *de crimin. l. 48. tit. 4. c. 2. n. 4. pag. 447. seqq.* Sed hæc responsio verba JCti nostri non explicat. Et quamvis altera, quod is, qui scortum rapiat, satis puniatur facti ignominia, magis ad mentem JCti accedat, non tamen convenit verbis ejus ex asse, nisi corrigere textum velis, & loco: *quia secum facti ignominiam compensat*, legere, *quia se cum facti ignominia cumpensat*, aut quod probabilius: *qui scilicet cum facto* (facile enim contingere potuit, ut loco horum verborum, *quia sc. cum facto* legeret scriba: *quia secum facti*) *ignominiam compensat*, quam conjecturam relinquo Criticis. Quod autem Tholosanus istam responsionem, & per eam Ulpiani verba declarare opinatur ex *l. 10. §. 2. de compensat. & l. 39. solut. matrim.* non assentior ob modo dicta, quia paria delicta quidem compensantur, si duæ sint personæ delinquentes; At hic unus saltem delinquit & raptor nimirum; alter delinquens deficit.

XXI.

Hæc pro Ulpiano ejusque mente dicta sufficiant. Audiamus & Paulum in *l. 82. §. 2. de furtis*, de iisdem quæstionibus differentem. Ubi initio repetendum, desumptum esse *d. l.* 82.

Digitized by Google

82. ex. *libro secundo receptarum sententiarum Pauli*, ex quibus sunt fragmenta illa, quæ cum doctissimi Jacobi Cujacii interpretationibus adhuc hodie circumferuntur. vid. Eberlin. *de O. J. cap.* 52. *n.* 30. *p.* 529. Jam si horum fragmentorum *tit.* 31. *lib.* 2. qui de furtis agit, evolvamus, deprehendemus nullum vestigium in eo *principii* & §. 1. *d. l.* 82. Paragraphus vero secundus qui est in *d. l.* 82. est §. 11. *in d tit.* 31. *fragmentorum* cum variatione tamen initio notata. Imo & §. *ultimus d. l.* 82. reperitur *in d. tit.* 31. §. *penult. fragmentorum*. Sed & ibi verba quædam aliter sonant, quam in *d. l.* 82. scilicet hunc in modum: *Qui tabulas cautionesve surripuit*, (lex. 82. *surripuerit*) *in adscriptam summam furti actione tenebitur. Nec interest* (lex 82. *refert*) *cancellatæ nec ne sint*, *quia ex his debitum dissolutum interest comprobari* (lex 82. *quia ex his debitum magis solutum esse comprobari potest.*) Cum igitur non conveniat fragmentis cum textu *legis* 82. maxime, ut supra recensitum, quoad lectionem §. 2. *l.* 82. quam lectionem putabimus magis ad mentem Pauli esse? Hic forte ante omnia considerandum foret, unde hæc fragmenta sententiarum Pauli ad nos pervenerint? Et qui eveniat, ut *d. l.* 82. *principium* & §. 1. ibidem plane non deprehendamus, *paragraphum* 2. vero & 3. insuper ita dispersos? Sed quemadmodum his meditationibus jam diutius vacare non est otium, ita tamen dubito lectionem fragmentorum præferre lectioni *legis* 82. quia norunt eruditi, & in confesso esse arbitror, Tribonianum in consarcinatione centonum ex JCtis antiquis collectorum sæpissime arbitrium sibi sumpsisse textus eorum pro lubitu corrigendi (jure an injuria jam non disquiro) ita ut exinde acutissimus Wissenbachius argumentum peculiaris libelli elegerit, sub titulo: *Emblemata Triboniani*: in quo inter alia duplex specimen nobis exhibet ad opinionem nostram perquam faciens, conferendo nimirum *pag.* 339. *legem* 14. *ff. de statu hom.* ex *lib.* 4. *sent. Pauli* cum *fragmentorum lib.* 4. *tit.* 9. §. 2. & 3. *p. m.* 73. & *p.* 398. legem *si quis aliquid* 38. §. 8. *ex lib.* 5. *sent. Pauli* excerptam cum *fragmentorum lib.* 5. *tit.* 25. §. 7. *p.* 93. ac simul ostendendo, quam in dictis textibus, & ob quam causam Tribonianus verba Pauli vel castraverit, vel aliquid eisdem addiderit. Idem ergo suspicor factum esse in præsenti loco *lib.* 2. *fragment. tit.* 3. §. 11.

XXII.

QUI MERETRICEM, inquit Paulus, LIBIDINIS CAUSA RAPUIT ET CELAVIT, EUM QUOQUE FURTI ACTIONE TENERI PLACUIT. Vides aperte hic a Paulo contradici sententiæ Ulpiani. Cæterum tamen hæc contradictio duplicem potest habere sensum. Nam & Ulpiani thesis in *l.* 39. *de furt.* & Pauli antithesis *h. l.* conceptæ sunt indefinite. Indefinitæ vero propositiones, pro diversitate materiæ substratæ, uti ex Logicis notum est, possunt fieri vel universales, vel particulares. Jam si Ulpiani verba consideremus, videtur is in mente habuisse propositionem universalem negativam, quod NULLUS, qui Ancillam Meretricem libidinis causa rapuerit, furti teneatur, quia rationem assertionis suæ in τῷ libidinis causa rapere ponit. At quia Paulus rationem suæ contradictionis non apponit, inde nescias; an indefinita ejus æquipolleat propositioni affirmativæ universali, an particulari, præprimis cum per utramque recte contradicamus propositioni universali negativæ. Cogitemus ergo, quæ secundum utrumque sensum pro Paulo contra Ulpianum disputari queant.

XXIII.

Et *primo* quidem ea sit Pauli opinio, OMNEM, qui libidinis causa Meretricem Ancillam (nam quamvis Ancillam non nominet, sed Meretricis saltem faciat mentionem, probabile tamen est, eum non quamvis Meretricem innuere, sed servam saltem, quia furti meminit in sequentibus, quod in libero homine non committitur) rapuerit aut celaverit, furti teneri, dubitavit forte, an recte ab Ulpiano in *dict. l.* 39. opponatur animus lucrifaciendi animo libidinis. Notum quippe est in materia delictorum vocem lucri communi loquendi usu supponi multis modis, ita ut non solum 1. strictissime lucrum sentire dicatur delinquens, si a læso bona fortunæ ad se transtulerit, uti in rapina, sed & 2. si bona fortunæ perdiderit saltem, tam æstimabilia, uti in damno Legis Aquil. (hic enim lucratur quod potestatem sibi sumpserit res alienas perdendi) quam 3. inæstimabilia, ut in homicidio, stupro &c. (ubi est eadem ratio. Conf. quæ dixi *in Philosophia Juris* §. 90. & *seq.*) Vel ita dicendum: Delinquentem sentire lucrum aut late, & improprie, quoties læso damnum dat circa bonum aliquod, etsi ex bono isto nullam utilitatem ipse lædens percipiat, sed solam voluptatem; aut stricte & proprie, ut non solum damnum sentiat læsus, sed ex læsione insuper præter jucunditatem, vel etiam absque hac utilitas

litas aliqua in lædentem redundet. Jam quidem certum est: Lucrum in definitione furti pro proprio isto sumi, non pro improprio, & in eo potissimum esse differentiam inter damnum Legis Aquil. & furtum, *arg. l.* 41. §. 1. *ad l. Aquil.* sed interim tamen non statim certum est ac indubitatum, in quo præcise lucri, quod furtum facit, consistat essentia, ut non videatur operam perdere, qui de eo accuratius cogitaverit; quod mihi jam non licet. Sic *v. g.* etsi fur non fit, qui me præsente perdit rem meam, aut etiam absente me eandem corrumpit, modo tamen eandem non transferat ad se; ita nullus dubito, quin is fur maneat, qui rem meam clanculum ad se jam translatam, postea sponte corrumpit. An & depositarius, aut creditor fur erit, rem depositam vel oppignoratam dolo malo corrumpens? Porro & utilitas, quam ex rebus alienis sentio, varia est, modo enim denotat utilitatem rei donatione iterum compensatam, modo simplicem absque compensatione, modo utilitatem superfluam, modo summe necessariam ad vitæ sustentationem. In materia contractuum notum est, illos contractus demum dici lucrativos, ubi alter nullam rursus a me accipit utilitatem, reliquos vero, etiamsi & ipsi utilitatem aliquam utrinque afferant, nuncupari onerosos. At in furto lucrum est, etsi ei, cui modo centum donaveram, decem clanculum auferam. In quæstione de moralitate ablationis annonæ alienæ, in casu necessitatis, dixi *annot. ad init. th. hujus* 5. *p.* 213. quosdam Moralistarum istum actum ideo excusare, quod non fiat lucrifaciendi gratia, sed saltem ad vitam sustentandam, quasi in materia furti lucrum sumatur saltem de superfluo, quod falsum est: Nam æque fures sunt, qui rerum ablatarum indigent, quam qui opibus abundant, quamvis in his major sit peccandi pruritus, quam in illis. Denique ad quæstionem nostram omnium maxime videtur facere distinctio, quod utamur bono vel ut mere jucundo, vel ut mere utili, vel ut mixto. Cujus distinctionis usus in materia furti, ut percipiatur eo melius, ita pro Paulo contra Ulpianum dissero: Is, qui Meretricem Ancillam alienam rapit libidinis causa, ideo quia libidinis causa rapit, fur est; rapit enim ut ea libidinose utatur: At qui rem aufert, ut ea utatur, habet animum lucrifaciendi; qui animum lucrifaciendi habet, ille, (si reliqua furti requisita adsint, prout hoc loco præsupponimus) fur est. Nec est quod dicas; imo vero, impurus iste homo Ancilla non utitur, sed abutitur. Imo vero, inquiet Paulus, non abutitur, & si vel maxime abutatur, tamen propterea fur esse non desinit. Non abutitur, quia utitur ea ad eum finem, ad quem destinata erat a domino, præsupposuimus enim casum de Ancilla Meretrice. Etsi vel maxime Ancilla ista fuerit non Meretrix, tamen & ille subreptor, qui re abutitur, hoc est ad alium finem, quam vel dominus vel natura eam destinavit, utitur, fur est, (unde obiter vides, sive statuas eum, qui libidinis causa Ancillam rapuit, furem esse, sive non esse, inter Ancillam Meretricem, & non Meretricem nullam esse differentiam.)

XXIV.

Verum non obstante hoc argumento ad explicationem mentis Paulinæ prolato, pro Ulpiani sententia responderi potest, falsum esse, quod omnis ille, qui rem alterius rapit, ut ea utatur, furtum committat, cum secundum distinctionem allatam modus utendi omnino sit secernendus. Is enim, qui rem aufert, v. g. pecuniam, eum in finem, ut ista utatur, tanquam bono mere utili ad usus scilicet vitæ, vel ad incrementum bonorum, haud dubie fur est. Deinde nec is, qui rem meam aufert, ut ista utatur, tanquam bono partim jucundo, partim utili, e furum numero venit eximendus. Neque hic refert, an ipsius intentio primaria respiciat utilitatem, an jucunditatem, modo bonum ipsum quod aufertur, primario ad usum, non ad jucunditatem sit destinatum: cujus rei exemplum propono in illo, qui rem valde mihi caram contumeliæ causa aufert eamque detinet. Etsi enim hujus primaria intentio sit, ut ex contumelia hac jucunditatem sentiat, tamen si bonum, quod abripit, principaliter ad utilitatem sit destinatum, (h. e. si pretium ejus bona mea augeat, si id detineam) ideo non magis a furto liberabitur, ac ille, qui saccum pecuniæ plenum abripiens, *furti etiam sacci nomine tenetur*, etsi primaria ejus intentio non sit sacci abripiendi. *vid. l.* 77. *ff. de furt. & Autorem hac th.* Notum equidem est mihi, communiter Doctores in explicanda definitione furti ad verbum: *lucrifaciendi causa*: commentari solere, ablationem rei alienæ fraudulosam, si alia intentione fiat, in aliud genus delicti cadere, & v. g. si contumeliæ causa, injuriam esse, eamque in rem adduci legem ipsius Pauli 53. *pr. ff. de furt.* in qua JCtus eum, *qui injuriæ causa januam effregit, quamvis inde per alios res motæ sint*, a furti crimi-

Digitized by Google

crimine absolvit. Vid. ex pluribus Vinn. *in not. ad §.1. Inst. de oblig. quae ex del. nasc.* Sed quia hic textus per ea, quae jam supra *p.* 116. observavimus, speciali ratione nititur, ideo nollem ex eo regulam generalem extruere, & ejus decisionem ad illum, qui contumeliae causa rem meam ipse subripit, apparente sat crassa diversitate a casu *d. l.* 53. applicare. Alia ratio est ejus, qui libidinis explendae causa ancillam alienam meretricem subripit. Hic enim, si non intentionem habeat ancillam in bonis detinendi, sed expleta libidine domino restituendi, ancillam abstulit, ut ea utatur non tanquam bono utili, sed tanquam bono mere jucundo, & propterea nec ejus intentio fuit, ut lucrum exinde faceret, seu bona sua pretio ancillae augeret, & consequenter furtum in ea non commisit. Eadem iterum est ratio, etiamsi ancilla non sit meretrix. Quamvis enim hic accedat deterioratio aliqua in corpore ancillae, & fortasse etiam in ejus pretio, tamen quia propterea nullum lucrum accessit bonis raptoris, nec haec actio ad furtum pertinebit, sed propter deteriorationem raptor Lege Aquilia tenebitur. Haec de primo intellectu verborum Pauli.

XXV.

Venio ad *alterum* eumque particularem. Poterunt enim eadem & ita intelligi, ut sensus eorum sit iste, quod QUIDAM, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuerit, aut celaverit, furti teneatur. Ad hujus sententiae veritatem ostendendam poterunt adversus responsionem, explicationi sensus universalis datam, sequentia urgeri. Concedet itaque Paulus Ulpiano, eum, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuit, furem non esse, si *scilicet habeat simul intentionem; eandem, libidine expleta, domino restituendi*: At vero, inquiet Paulus, non omnis, qui ancillam meretricem libidinis causa rapit, de restitutione simul cogitat. Non debebat Ulpianus verba sua ita generaliter ponere, sed limitationem istam *d. l.* 30. inserere. Quid enim si is, qui ancillam subripuit, intentionem habeat ea ad longum tempus utendi, nec de restitutione cogitet? Hic sane aeque videtur furti teneri ob ancillam subreptam, ac ille, qui ob saccum subreptum furti teneri dicitur in *d. l.* 77. *ff. de furt.* Quemadmodum enim hic posterior secundum explicationem Autoris in thesi, habet intentionem, saltem secundariam, sacci lucrandi, ita & illius primaria quidem intentio erat expletio libidinis, sed secundaria tamen simul retentio ancillae, & per consequentiam tendit ad retentionem ancillae, & per ejus pretium bona subreptoris augentur; adeoque subripuit ancillam, ut ea utatur, tanquam bono jucundo simul & utili, qualem intentionem diximus modo ad furti constitutionem sufficere. Eadem ratio erit iterum in ancilla non meretrice libidinis causa rapta. Imo ne quidem ad sententiam Pauli tuendam videtur opus esse, ut subripiens non habeat animum restituendi ancillam. Quid si enim quis ancillam, seu meretricem seu non meretricem, rapuerit cum duplici intentione primaria, una libidinis explendae, altera lucrifaciendi, *v. g.* ut aeque libidinem suam expleat, quam bona sua augeat, aut certe non diminuat? Finge, Titium ancillae fruendae desiderio flagrare, nolle tamen domino ancillae eandem lenocinanti, mercedem petitam solvere, sed subripere ancillam cum intentione aequali & stuprandi ancillam, & mercedis lucrandae causa. Non video, cur hujusmodi raptor a crimine furti sit excusandus, quamvis in hoc casu, si actio furti sit instituenda, non videatur duplicandum aut quadruplicandum pretium ancillae, sed mercedis interceptae. Si igitur haec mens fuerit Pauli *in dict. loc.* 2. *sentent. tit.* 31. §. 11. tantum abest, ut ab ejus sententia recedendum putem, ut potius istas duas limitationes, (scilicet tum demum raptorem libidinosum ancillae, meretricis seu non meretricis, a furto excusari, si habeat intentionem eandem libidine expleta domino restituendi, nec simul intendat interceptionem mercedis a domino lenone desideratae,) sententiae Ulpiani in *dicta lege* 39. *de furt.* addendas arbitrer, & mediantibus iis (de quibus forte Ulpianus tum temporis non cogitavit quidem, sed tamen si cogitasset, easdem probabiliter addidisset,) Ulpianum cum Paulo conciliare.

XXVI.

Jam quid Tribonianus fecit? Hic cum *l.* 82. *ff. de furt. ex libro secundo sentent. Pauli* excerperet, & in prolata verba incideret, & nimis recens recordatio esset eorum, quae quoad istam quaestionem ex Ulpiano collegisset in *l.* 39. *de furt.* quibus prima fronte sententia Pauli non videbatur congruere, ne frustra in praefatione Pandectarum gloriaretur, nihil dissonum in iisdem reperiri, cogitavit, quomodo interpolatione quadam antinomiae isti succurrendum esset, & cum in *l.* 39. videret, Ulpianum non solum libidinis mentionem injicere, sed & de ancilla meretrice loqui, de genuina ratione decisionis parum sollicitus, sufficere puta-

putavit, ut aliqualem saltem differentiam inter textus hos faceret, & ita in textu Pauli ex meretrice fecit NON meretricem, male propterea de ingeniis nostris meritus, nosque revera miseros & bis terque miseros reddens, quod ipsius culpa inter scopulos jactemur, ut de eo in simili causa conqueruntur Francisc. Hottomannus 3. *obs.* 9. & Franciscus Balduinus *l.*2. *Justiniani p.* 113. citati a Wissenbachio *in fine emblematum Tribonian*i. Neque contentus hac intercalatione, cum in *d. l.* 39. recordaretur, Ulpianum ibidem una fidelia adhuc alium parietem dealbasse, & ex eodem principio ejusmodi raptorem ancillæ meretricis, e crimine plagii absolvisse, ut & *ἔυρημα* suum de ancilla non meretrice ulterius extenderet, addidit textui Paulino & hujus quæstionis decisionem, de qua tamen Paulus ibidem ne quidem cogitaverat, scilicet suppressorem ancillæ non meretricis pœna legis Fabiæ teneri. Nam si secundum mentem Pauli ad quæstionem istam respondendum fuisset, dixisset equidem, subreptorem & ancillæ meretricis & non meretricis, lege Fabia teneri, argumento eorum, quæ in antecedentibus diximus. Si enim ex sententia Pauli omnis raptor ancillæ libidinis causa, fur est, sequetur, ut & sit plagiarius, quia supra demonstratum, illum furem servorum saltem a crimine plagii eximi, qui consilium nudum dederit. Sin vero Pauli opinio fuerit, quod quidam raptor libidinosus ancillæ, furtum committat, tunc secundum duplicem hujus explicationis casum, diversimode etiam ad quæstionem de plagio esset respondendum. Is, qui animo non restituendæ ancillæ eandem libidinis causa subripuit domino, quia iterum est fur ancillæ, erit quoque plagiarius. At is, qui ancillam libidinis causa rapit cum intentione eam quidem domino restituendi, sed intercipiendæ tamen simul mercedis postulatæ, is plagiarius non erit, etsi fur sit, quia furtum non committit in ancilla, sed in mercede intercepta, at plagium est furtum hominis.

XXVII.

Nihil restat, quam ut respondeamus doctissimo Tabori, lectionem communem *d. l.* 82. §. 2. & ita distinctionem inter ancillam meretricem & non meretricem defendenti. Ita autem inquit *Racemat.* 3. *ad tit. de furt.* §. 16. *p.* 99. *Nos veterem distinctionem probamus inter ancillam meretricem, & non meretricem, quam tradit Scholiastes lib.* 60. *Eclog. cap.* 76. *p. m.* 528. *laudat Cujacius ad Paulum* 2. *sent.* 31. §. 10. *eleganterque declarat ipse Bachovius ad Wessenb. hic, num.* 6. Sed huic declarationi Bachovianæ jam supra respondimus. Latius hanc opinionem suam vir Consultissimus illustrare allaboravit. *ibid. in Indice Legum tituli ff. de furt. ad d. l.* 82. §. 2. *p.* 282. Nos ipsius verba recensentes, brevitatis studio immiscebimus statim per modum parentheseos, responsionem aut declarationem nostram. *Quamvis enim*, inquit, *ex fine & intentione, delicta cum primis æstimentur*: (atque etiam raptus ancillæ non meretricis libidinis causa factus, videatur a furti crimine eximendus, *arg. l.*39. *pr. de furt.*) *quia tamen finis duplex hic occurrit, initio subducendi eam, quam sine corruptione & damno domini subducere quis non possit, deinde intentio flagitium committendi venereum, æquum certe est, domino utilioris actionis compendium non invideri.* (Per utiliorem actionem hic actionem furti haud dubie intelligit, eamque non ex intentione flagitium venereum committendi derivat, alias enim & raptor ancillæ meretricis fur esset, contra *d. l.*39. *pr. h.t.* sed EX INTENTIONE SUBDUCENDI EAM, QUAM SINE CORRUPTIONE ET DAMNO DOMINI SUBDUCERE QUIS NON POSSET. Singula verba hic consideranda. INTENTIO SUBDUCENDI nuda, non potest causa esse furti, quia alias iterum raptorem ancillæ meretricis crimini furti subjiceret. Quod vero subductio hæc non posset fieri SINE CORRUPTIONE ancillæ non meretricis, illud initio non caret dubio. Aut enim loquitur de corruptione corporis, aut de corruptione animi. Si prius, nova iterum distinctione opus esset, inter ancillam non meretricem, virginem, & non virginem: in hujus corpore nulla corruptio timenda, secus in illius. Si posterius, certum est iterum, si illa ancilla non meretrix vi stupretur a raptore, non corrumpi ejus animum, cum non assentiatur delicto. Deinde etsi demus, illam subductionem fieri nunquam posse sine corrruptione animi & corporis, corruptio tamen servorum alienorum non producit furti actionem, sed vel Legis Aquiliæ, vel servi corrupti. Idem responderi potest ad id quod dicitur, subductionem non posse fieri absque DAMNO DOMINI. Nam & hoc loco quæstio secundum modo memoratam distinctionem definienda. Si ancilla non meretrix fuit virgo, diximus quidem corrumpi ejus corpus, sed hic inquirendum foret in Romanis antiquitatibus, an ancillæ virginis majus fuerit pretium,

quam

Digitized by Google

quam non virginis ? Tum tamen dicendum, domino propter ejusmodi depretiationem jam succurri per actionem legis Aquiliæ. In non virgine, cum quoad corpus non corrumpatur, nec quoad corpus damnum sentiet dominus, nec, ex rationis identitate, damnum sentiet dominus quoad animum, si vi stupretur ancilla rapta. Quod si post raptum in stuprum consentiat, damnum quidem ob animi deteriorationem sentit dominus, sed hic tamen ipsi jam per actionem servi corrupti fuit consultum, ut & priori casu, si vi stuprum passa fuerit, *arg.* §. *sed etsi* 8. *Inst. de obligat. quæ ex del. nasc.* Si vero illud damnum intelligat D. Tabor, quod dominus cogatur interim carere operis ancillæ, donec raptor libidinem suam in ea expleverit, & respectu hujus habebit actionem legis Aquil. utilem, aut ad interesse. Ut taceam, hujusmodi damnum etiam adesse in rapta ancilla meretrice; Breviter: damnum læsi absque lucro lædentis, nunquam producit actionem furti.) *Sufficit enim hoc verum esse, quod furtum revera commissum sit, d. l.* 39. *ibi: non factum*. (Sed veritas hujus assertionis per *d. l.* 39. non probatur: etsi enim ibi dicatur, in furto non factum, sed intentionem considerari debere, ostendimus tamen modo, intentionem in raptu ancillæ non meretricis, non magis facere furtum, quam in raptu ancillæ meretricis.) *Nec potest animus lucrifaciendæ ancillæ plane excludi ab eo, qui aliter ancillæ non meretricis, illicita consuetudine potiri vix potuerit, facit l.* 77. *hic*. (imo potest excludi, si modo habeat animum, ancillam non retinendi in bonis suis, sed expleta libidine restituendi domino. Aut si hunc non habeat raptor, ostendi in antecedentibus, & raptorem ancillæ meretricis pro fure habendum. Quod autem lucrum libidinis non nisi per raptum impletæ concernit, & illud supra probatum fuit, lucrum boni jucundi mere talis, in furto non considerari. Denique *l.* 77. *de furt.* huc non facit. Nam ibi is, qui propter saccum simul furti tenetur, etsi non habuerit animum principaliter sacci furandi, habet tamen pro furto semel commisso animum sacci non restituendi; at hic raptor ancillæ non meretricis, habet animum restituendæ ancillæ. Porro ibi de facto principali constabat, quod sit furtum, hic de facto principali movetur quæstio. Ultimo: eo argumento, quo *ex d. l.* 77. aliquis concludere volet, raptum ancillæ non meretricis esse furtum, concludemus etiam, raptum ancillæ meretricis furtum esse, & sic iterum distinctio inter ancillam meretricem & non meretricem corruet.) *Certe usum honestæ mulieris surripiens domino, compendium quotidianum intervertit*, *Clud. de cond. furt. c.* 52. *n.* 67. (Atqui hæc ratio non probat animum lucrifaciendi ex parte lædentis, sed saltem damnum ex parte læsi, quod modo rejectum. Et idem damnum respectu domini est, eademque injuria respectu damnum dantis, an intervertatur usus mulieris honestæ, an inhonestæ.) *sibique mercedem victimæ miserabilis, ex usuimpiorum hominum & ad Stygis supplicia damnatorum solvendam*, *l.*4.§.3. *de cond. ob turp. caus. fur lucrifacere nititur*. (Hæc locutio quemadmodum paululum obscura est, ita lucrum, quod hic describitur, figura non caret, quale in furto non quærimus, sed proprie dictum. Si enim ejusmodi lucrum, quale hic describit Dn. Tabor, furtum faceret, sequeretur, & homicidia, & veneficia, & in genere omnia crimina sive a nobis ipsis perpetrata, sive ab aliis instinctu nostro, furtorum nomine venire, quia tum verba Dn. Taboris, quocumque modo ea explicentur, eodem modo, quo ipse ad casum præsentem aptat, iis adaptari possent.) *Secus ac in ancilla meretrice*, *ubi in ipso etiam fovente ancillas tales, quædam facti ignominia vertitur*, *d. l.* 39. *in fine hic*. (Esto, differre dominum ancillæ meretricis & non meretricis, illumque aliquo modo pro infami haberi, quamvis id ex *d. l.* 39. ut statim videbimus non probetur, tamen hæc differentia nihil ad raptum ancillæ meretricis. Et quamvis exinde concludere velis, dominum ancillæ non meretricis digniorem esse actione aliqua domino ancillæ meretricis, tamen neque istam consequentiam facile concederem, quia de actionibus civilibus, qualis est etiam furti actio, jam sumus solliciti, quæ haud dubie spectant ad Justitiam commutativam: Justitia vero commutativa non habet respectum personarum, neque, si vel maxime concederem, consequentia ista quicquam faceret ad quæstionem præsentem, cum jam non quæratur, an dominus ancillæ non meretricis dignior sit præ domino ancillæ meretricis actione aliqua; sed, an rapiens ancillam meretricem diversum delictum committat ab eo, qui rapit non meretricem? Adeoque non qualitatem actoris, sed rei consideramus. Neque Ulpianus in *l.*39.*h.t.* rationem decisionis ab indignitate domini desumit, sed

Digitized by Google

ſed ex mera rapientis intentione, quod libidinis cauſa rapuerit. Provocat equidem Vir doctiſſimus ad verba finalia *dict. l.* 39. SED QUIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FUR NON EST, quæ hoc loco ita explicare videtur, ac ſi eorum ſenſus ſit: raptorem ancillæ meretricis ideo non eſſe furem, quia propriam facti, ſcil. raptus, ignominiam compenſaret cum ignominia facti dominici, quod ſcilicet is meretrices foviſſet. Sed quemadmodum jam ſupra aliam Dn. Taboris, Petrum Gregorium ſecuti, explicationem ad *d. l.*39. *verba prolata*, eamque meliorem recenſuimus, ita hanc explicationem, qua facti ignominia ad dominum ancillæ refertur, non tolerat vocabulum SECUM, quod expungendum, & ejus loco ita legendum foret: Sed quia CUM DOMINO facti ignominiam compenſat, quod eſſet audacter nimis textum *d. l.* 39. corrigere.) *Utcunque enim H. Grotius in not. Judaizantibus ad cap.* 2. *Jobi verſ.* 1. *ſcribat: Meretricium vitæ genus eo tempore apud quaſdam gentes vile magis, quam flagitioſum habitum fuiſſe, cum alia longe fuiſſet Hebræorum etiam ante legem diſciplina*, Gen. 38. *verſ.* 24. (*Quomodo ſane apud Corinthios & Babylonios quondam fuerunt fana Veneris ita opulenta, ut plures quam mille habuerint ſacrorum famulas meretrices, quas Veneri viri mulieresque dedicaſſent, ut Herodot. lib.* 1. *Strabo lib.* 8. *Suidas in verb.* διάγραμμα, *aliique poſt hos prodidere.*) *Romani tamen meretricum conſuetudinem turpitudinis probro palam notarunt, l. probrum.* 41. *cum ſeqq. d. R.N.l. idem.* 4.§. *ſed quod.* 3. *ibi: illam turpiter facere quod ſit meretrix. de cond. ob turp. cauſ. l. ult. C. ſi mancipium ita venierit, Novell.* 14. *Harmenop. l.*2. *tit.* 4. *In honeſtorum virorum prædiis,* (*quæ ipſi locaverant ad alium finem* ;) *lupanaria exerceri indigne tulerunt, l.* 27. *in fin. de hered. pet. ubi Sabart: ipſis ignaris. Nam gnari talium turpitudinum vix poſſent dici honeſti viri, per l.* 15. *de condit. inſtit. quippe cum ejusmodi factum infamare ſoleat, l.* 1. *ibi: qui lenocinium. l.*4.§.2. *de his, qui not. inf. l.* 8. *& ſeqq. ad L. Jul. de adult.* (Quæ hic prolixe de infamia lenonum afferuntur, quemadmodum neſcio an etiam recte ad dominos lenones ancillarum ſuarum applicentur, cum textuum allatorum nullus probet, lenocinia ejusmodi punita fuiſſe, & ſi otium permitteret, forte ex Antiquitatibus Romanis facile doceri poſſet, lenocinia ancillarum propriarum in Republ. Romana tempore Ulpiani & Pauli non ſolum tolerata, ſed &, cæteris paribus, permiſſa fuiſſe, ita ad quæſtionem præſentem per ſup. dicta parum conducunt, ut opus non ſit in eorum diſquiſitione accuratione ut nos detineamus.) *Et hæc forſan illis, quæ Bachovius ad Weſenbecium hic n.* 6. *notat, videbantur eſſe præferenda. Adde Mornac. ad l. probrum.* 41. *de R. N. ubi de uſu hodierno, an is, qui meretricem rapit, pœna l. un. C. de rapt. virg. teneatur, late diſſerit Th. Marcell. ad* §.1. *Inſt. hic pag.*556. (Atqui Bachovii illam declarationem Noſter ſupra elegantem eſſe dicebat, jam quod acceptamus, ejus impertinentiam tacite confeſſus, Quæſtionem, An raptor meretricis pœna *legis un. C. de rapt. virg.* teneatur? Satis accurate etiam tractat Ant. Matth. *l.*48. *tit.*4. *c.*2. *n.*4. *p. m.* 447. *ſeqq.*)

XXVIII.

Quæ hactenus circa *l.* 39. *&* 82. de furtis diſſeruimus, illis non minimam lucem accedere arbitror *ex l.* 6. *in pr. ff. ad L. Jul. de adult.* INTER LIBERAS TANTUM PERSONAS, inquit ibi Papinianus, ADULTERIUM STUPRUMVE PASSAS, LEX JULIA LOCUM HABET: QUOD AUTEM AD SERVAS PERTINET, ET LEGIS AQUILIÆ ACTIO FACILE TENEBIT, ET INJURIARUM QUOQUE COMPETIT: NEC ERIT DENEGANDA PRÆTORIA QUOQUE ACTIO DE SERVO CORRUPTO: NEC PROPTER PLURES ACTIONES PARCENDUM ERIT IN HUJUSMODI CRIMINE REO. Item *ex lib.* 2. *ſentent. Pauli tit.* 26. §. *antepen. p. m.* 52. ANCILLARUM SANE STUPRUM, NISI DETERIORES FIANT, AUT PER EAS AD DOMINUM AFFECTET, CITRA NOXAM HABETUR. Ubi quidem vaſtum iterum ſe offert differendi pelagus, quid adducto Pauli loco ſignificet AD DOMINUM AFFECTARE, & an forte legendum, AD DOMINIUM? Quid item ſignificet hoc loco, CITRA NOXAM HABERI?

ANA-

Digitized by Google

ANACEPHALÆOSIS
EORUM, QUÆ SUPERIORIBUS
LIBRIS CONTINENTUR,
QUATENUS
Ab usu temporum non abhorrent.

LIB. I.

HAud abs re erit, quæ superioribus Libris fusius exposita sunt, heic uno adspectu, quasi per indicem, ob oculos collocare.

1. Studium juris est, vel theoreticum vel practicum. Theoreticum consistit in notitia legum & quæstionum; Practicum in applicatione legum ad certas facti species.

2. Theoria juris petenda est ex libris a Justiniano relictis, præter statuta singularum gentium, quæ potius ad theoriam, quam ad praxin referenda sunt.

3. Libri juris Justinianei sunt quatuor, Institutiones, Pandectæ, Codex & Novellæ.

4. Institutiones exhibent compendium reliquorum, nisi quod in Novellis jus recentius est.

5. Primus tit. Institutionum agit de Justitia, quæ est finis juris.

TIT. I. *De Justitia & Jure.*

6. Definitur hæc: Constans & perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi *in princ. h. t.*

7. Jus ipsum definitur, ars boni & æqui. *l.* 1. *in pr. ff. de just. & jur.*

8. Ab ea non differt jurisprudentia, quæ pluribus verbis dicitur, Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi ac injusti scientia. §. 1 *h. t.*

9. Præcepta juris tria feruntur: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. §. 3. *h. t.*

10. Divisio prima juris est, quod sit publicum vel privatum. §. *ult. h. t.*

11. Publicum est, quod ad statum Rei Romanæ, aut alterius reipublicæ pertinet. *d.* §. *ult.*

12. Idque consistit in juribus Majestatis, & omni administratione pacis ac belli.

13. Jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem spectat. *d.* §. *ult.*

14. Hoc consistit in privatis civium controversiis decidendis.

15. Utrumque, sed maxime privatum jus, collectum est ex triplici fonte juris, naturalis, gentium & civilis. *d.* §. *ult.*

TIT. II. *De jure naturali, gentium & civili.*

16. Jus naturæ est, improprie, quod natura omnia animalia docuit. *princ. h. t.*

17. Sed proprie, est dictamen rectæ rationis; quo scimus, quid turpe, quid honestum, quid faciendum, quid fugiendum sit.

18. Huc pertinet ordinata maris & feminæ conjunctio, sobolis procreatio, educatio, defensio sui corporis, & omnis discretio turpis ac honesti.

19. Jus gentium est, quod ex naturali ratione, docente usu ac necessitate rerum, inter homines constitutum est.

20. Huc pertinent imperia, dominia, jura belli, testamenta & plerique contractus. §. 1. & 2. *h. t.*

21. Jus civile est, quod quilibet populus liber sibi peculiare constituit. *d.* §. 2. *in princ.*

22. Liber populus est, qui non agnoscit superiorem, sive ab uno, sive a pluribus regatur.

23. Nam jus, quod faciunt populi habentes superiorem, id non civile, sed municipale vocatur.

24. Per excellentiam autem solum jus Romanum dicitur civile; reliquarum gentium jura, licet vere civilia, tamen statuta plerumque appellantur.

25. Dividitur jus civile in purum & mixtum.

26. Purum, quod a certa gente peculiariter est repertum, aliisque ignotum, quo pertinent variæ Leges & Scta.

27. Mixtum, quod origine est juris gentium, sed addito aliquo, vel detracto, aut mutato, fit juris civilis, *l.* 5. *ff. de just. & jure*, ut dominia & plerique contractus.

28. Rursus dividitur jus civile, in scriptum, & non scriptum.

29. Jus scriptum dicitur una voce Lex; Jus non scriptum Consuetudo.

30. Lex est generale præceptum summæ potestatis, honestati conveniens, omnesque subditos ad parendum obstringens.

31. Species juris scripti, apud Romanos erant sex; nempe Lex, Plebiscitum, Senatus consultum, Principum placita, Magistratuum edicta, Responsa prudentium, de quibus in §.3. *& seqq. usque ad* §. 9. *h. tit.*

32. At hæ species hodiernis temporibus nullum habent usum, sed una pro omnibus, lex sive placitum summæ potestatis, fungitur.

33. Consuetudo est jus, quod tacito populi consensu, sine scriptura vim obligandi accepit. §. 9. *h. t.*

34. Vim habet parem cum lege, modo hæc tria requisita adsint: 1. Si consuetudo ubique in Republica recepta sit. 2. Si justa & honesta. 3. Si certa sit.

35. Ad certitudinem requiritur: 1. Diuturnitas temporis. 2. Frequentia actuum; utraque sic, ut Judici sufficere possint.

36. Objectum juris est triplex, persona, res & actio. §. *ult. h. t.*

37. Objectum de personis absolvitur duabus divisionibus, quarum prima est, quod homines sint vel liberi, vel servi, *princ. h. t.* altera, quod sint sui vel alieni juris.

TIT. III. *De jure personarum.*

TIT. IV. *De ingenuis.*

TIT. V. *De libertinis.*

TIT. VI. *Quibus ex causis manumittere non licet.*

TIT. VII. *De lege Fusia Caninia tollenda.*

38. Libertas, est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi vel jure prohibeatur. §. 1. *de jure pers.*

39. Servitus, est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur. §. 2. *de jure pers.*

40. Sed hæc inter Christianos hodie est abolita.

41. Hic etiam evanescunt differentiæ hominum, quod sint ingenui vel libertini; item lex Ælia Sentia, & Fusia Caninia, de quibus agitur in *seq. tit.*

TIT. VIII. *De his, qui sui vel alieni juris sunt.*

42. Altera personarum divisio est, quod sint vel sui vel alieni juris.

43. Sui juris dicuntur, qui non sunt in aliena potestate. *princ. Inst. h. t.*

44. Potestas aliena est duplex, dominica & patria.

45. Dominica non est in usu, ut dictum supra.

TIT. IX. *De patria potestate.*

46. Patriæ potestatis est causa triplex nuptiæ, legitimatio & adoptio.

47. Nuptiæ sive matrimonium, est viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens. §. 1. *h. t.*

48. Inter effectus patriæ potestatis præcipui sunt, quod pater possit substituere pupillariter filio suo; quod dominium & obligationem per filium adquirat; quod pater & filius eadem persona existimentur: item, quod filius sine consensu patris nuptias contrahere nequeat.

49. Nuptias autem præcedunt sponsalia, quæ sunt mentio & repromissio futurarum nuptiarum. *l.* 1. *ff. de sponsal.*

50. Sed jure Canonico, sunt vel de futuro, vel de præsenti, ut cum dicunt contrahentes, ducam te, nubam tibi, vel duco te, nubo tibi. Et hoc moribus omni die servamus discrimen.

51. Sed quæ de præsenti dicuntur, jure civili & revera perficiunt ipsum matrimonium. *l.* 30. *ff. de R. J.*

TIT. X. *De nuptiis.*

52. Requisita nuptiarum jure civili sunt quatuor.

53. Primum, ut contrahentes sint cives Romani, quod tamen hodie non habet usum, quia nationes in nuptiis non discernuntur.

54. Secundum, ut masculi impleverint annos quatuordecim: femellæ duodecim.

55. Tertium, ut accedat Patris consensus expressus, vel tacitus. *pr. h. t. l.* 5. *Cod. de nuptiis.*

56. Matris & curatorum consensus jure civili non requiritur, nisi honestatis causa, *l.* 20. *C. de nupt.* secus hodie. Statutum Frisiæ vult consensum curatoris, sed non tam absolute, quam quidem patris. *l.* 1. *art.* 10. *van Hardycken*

57. Quartum, ut contrahentes debito sanguinis gradu distent.

58. In sanguine spectatur linea & gradus.

59. Linea est series cognatorum, ab eodem stipite descendentium.

60. Eaque duplex, recta & obliqua.

61. Recta, in qua sunt ascendentes, & descendentes.

Digitized by Google

62. Obliqua, continens eos, qui a latere sunt juncti.

63. Gradus, est distantia cognatorum a se invicem.

64. Regula de computandis gradibus est hæc; quot sunt personæ generatæ, totidem sunt gradus; dempto stipite communi.

65. Hinc pater a filio gradu primo distat, avus a nepote gradu secundo, & sic porro.

66. Item frater a sorore gradu secundo, fratrum liberi gradu quarto, & sic consequenter.

67. Prohibitæ sunt nuptiæ in linea recta, in infinitum. §. 1. *h. t.*

68. In linea collaterali usque ad tertium gradum semper, ultra quartum numquam. §. 2. *& seqq. h. t.*

69. Ipse quartus gradus quandoque est licitus, aliquando prohibitus.

70. Licitus inter fratrum & sororum liberos. §. 4. *h. t.*

71. Prohibitus inter thios magnos & fratrum vel sororum nepotes.

72. Jure Canonico distinguitur linea collateralis in æqualem & inæqualem.

73. Æqualis est, in qua æqualiter distant partes a communi stipite, ut fratres & sorores, patrueles, consobrini, & sic porro.

74. Inæqualis est, in qua distant inæqualiter a stipite communi.

75. In æquali habent hanc regulam: Quoto gradu singuli distant a communi stipite, toto inter se distant.

76. In linea inæquali est hæc regula: Quoto gradu distat remotior a stipite, toto inter se distant.

77. Prohibentur nuptiæ jure Canonum usque ad gradum quartum suæ computationis inclusive, ut loquuntur; hoc est, ad nonum Juris civilis exclusive, quem rigorem dispensationibus molliunt Pontifices.

78. Est & affinitas nuptiis impedimento, eaque dicitur necessitudo per nuptias contracta, inter conjugem unum & alterius conjugis cognatos.

79. Prohibitæ autem sunt nuptiæ in iisdem gradibus affinitatis, quibus propter sanguinem prohibentur. §. 6. *& seqq. h. t.*

80. Tutor quoque & curator non possunt ducere adultas, nec filii ipsorum, nisi majores factas viginti novem annis. *l. 66. in pr. ff. de rit. nupt.* juncta *l. ult. Cod. de temp. in integr. rest.*

81. Denique, Matrimonium contra requisita juris contractum, est ipso jure nullum, carens omni effectu. §. 12. *h. t.*

82. Secunda causa patriæ potestatis, est Legitimatio, quæ definitur, actus, quo liberi ex concubina suscepti fiunt legitimi.

83. Modus legitimandi est triplex: 1. Oblatio Curiæ, quæ nunc obsoleta est, 2. Subsequens matrimonium patris cum concubina, 3. Rescriptum principis. §. *ult. h. t. Nov. 89. cap. 9. & 10.*

84. Concubinæ sunt proprie, quæ uxorum loco habentur sine titulo uxoris. Reliqui ex furtivis amplexibus nati, Jure civili sunt spurii, qui proinde non legitimantur; sed hodie omnes ex certo patre nati, dicuntur naturales & legitimantur.

TIT. XI. *De Adoptionibus.*

85. Tertia causa patriæ potestatis, est adoptio, quæ definitur, Legis actio, per quam is, qui natura filius non est, in locum filii adsciscitur.

86. Estque duplex, adoptio in specie, quæ fit apud Magistratum, cum adoptantur, qui alieni juris sunt: vel arrogatio, qua, qui sui juris sunt, autoritate Principis filii fiunt. §. 1. *h. t.*

87. Hodie rarus est adoptionis publice factæ usus; qui autem privatim pro filiis adsciscuntur, hi tantum ad alimenta adsumpti intelliguntur, reliqua filiorum jura non exercent.

TIT. XII. *Quibus modis jus Patriæ potestatis solvitur.*

88. Tollitur patria potestas tribus modis; I. morte tam patris quam filii, eaque vel naturali, quæ est migratio ex hac vita; vel civili, quæ fit per amissionem libertatis, aut civitatis, veluti per deportationem. *princ. & §. 1. h. t.*

89. Sed deportatio & libertatis ademptio, hodie non usurpantur; Relegatio autem non tollit patriam potestatem. §. 2. *h. t.*

90. II. Dignitas non quævis, sed maxima Reipublicæ, tollit patriam potestatem. §. 4. *h. t.* adde *Nov. 81.*

91. Tertius modus, emancipatio, est actus legitimus, quo liberi ex patria potestate dimittuntur. §. 6. *h. t.*

92. Frequentius hodie usurpatur tacita emancipatio, quæ per omnem Europam obtinet, qua liberi, contracto cum patris consensu matrimonio, ab ejus potestate liberantur.

93. Multis in locis idem fit habitatione separata, quam filiusfam. voluntate Patris instituit.

94. Dictum est de his, qui sunt alieni juris; personæ sui juris, sunt omnes, qui nec dominum nec patriam potestatem agnoscunt.

TIT. XIII. *De Tutelis.*

95. Sunt autem hi vel in tutela, vel in cura, vel neutro jure tenentur. *pr. h. t.*

96.

Digitized by Google

96. Tutela definitur, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa. §. 1. *h. t.*

97. Est autem triplex, testamentaria, legitima & dativa.

98. Testamentaria iterum, est propria vel impropria.

99. Propria, quando pater filio impuberi, quem habet in potestate, dat tutorem testamento, vel codicillis testamento confirmatis. §. 3. *h. t. l.* 3. *ff. de testam. tut.*

100. Impropria est, cum pater filio emancipato, vel mater, aut quilibet extraneus, pupillo heredi a se instituto dat tutorem, quoad res illas hereditarias. *l.* 4. *ff. de testam. tut. l.* 4. *de confir. tut.*

101. Tutores proprie testamentarii, immediate a testatore dantur, nec indigent ulla confirmatione Magistratus. *l.* 7. *ff. de test. tut.*

102. Sed improprie dati, a Magistratu sunt confirmandi. *l.* 1. & 5. *ff. de confirm. tut.*

103. Nam jure civili confirmatio a Magistratu non requiritur, nisi cum datio secundum requisita juris facta non est. *d. l.* 1.

TIT. XIV. *Qui testam. tut. dari possunt.*

104. Possunt tutores dari testamento, omnes cives, etiam filiifamilias. *princ. hoc. tit.*

105. Imo & minores annis viginti quinque, & furiosi. §. 2. *hic.*

106. Sed hi non administrant, verum interim eorum loco datur curator. *L.* 10. §. 7. *de excus. tut.*

TIT. XV. *De legitima agnatorum tutela.*

107. Tutela legitima est, quæ immediate ex lege, deficiente testamentaria, defertur proximis agnatis. *princ. h. t.*

108. Hi quoque tutores non confirmantur a Magistratu. *l.* 3. *ff. de leg. tut.*

109. Agnati sunt virilis lineæ cognati. §. 1. *h. t.*

110. Sed jure novo gradu proximus, tam femineæ quam masculæ lineæ, ad tutelam vocatur. *Nov.* 118. *c.* 5.

111. Et qui pares sunt gradu, pariter ad tutelam vocantur, sed unus constituitur administrator. *d. cap.* 5.

112. Mulieres tamen ad tutelam non vocantur, nisi mater & avia, quamdiu abstinent a secundis nuptiis. *l.* 1. & *Auth. seq. Cod. quando mul. tut. Nov.* 118. *cap.* 5. *in medio.*

113. Hæc sufficiunt de tutela legitima.

114. Reliqua in *tit. XVI.* de capitis diminutione, de qua tu vid. *l.* 2. *n.* 147. *XVII.* de legitima patronorum tutela, *XVIII.* de legitima parentum tutela, *XIX.* de fiduciaria tut. hodie nullum habent usum.

TIT. XX. *De Atiliano tutore &c.*

115. Tertia species tutelæ, est Dativa, quando deficiente testamentaria & legitima, Magistratus dat tutorem. *pr. h.*

116. Jure civili, varie cautum est, quinam magistratus jus dandi habeant *pr.* §. 3. & *seqq. h. t.*

117. Sed hodie cujusque loci magistratus officium est, non habentibus dare tutores.

TIT. XXI. *De auctoritate tutorum.*

118. Officium tutorum in duobus consistit, in administratione, & in autoritate.

119. Administratio spectat tam personas, quam res pupillorum.

120. Initium administrandi est, a confectione inventarii, quo non facto, tutor ut suspectus removetur, & si dolo omiserit, fit infamis. *l.* 7. *ff. de administr. & peric. tut.*

121. Auctoritas est approbatio ejus, quod in rebus pupilli geritur.

122. Quæ necessaria est, quoties periculum est, ne conditio pupilli deterior fiat.

123. Sed ubi nullum tale periculum subest, ibi nec necessaria est. *pr. h. t.*

124. Hinc lucrativæ adquisitiones valent, licet inscio tutore a pupillo contractæ.

125. Sed obligari non potest pupillus, nisi autore tutore, tametsi is, qui cum pupillo contraxit, a sua parte obligetur. *d. pr.*

TIT. XXII. *Quibus modis tutela finitur.*

126. Modi, quibus tutela finitur, sunt 1. pubertas, 2. mors tutoris aut pupilli, 3. eventus conditionis vel temporis, quousque tutor datus erat. *in princ.* §. 1. 3. & 5. *h. t.*

127. Denique excusatio tutoris, & remotio suspecti, finem tutelæ imponunt.

TIT. XXIII. *De curatoribus.*

Jure civili a tutela multum differt cura. 1. enim tutor datur pupillis, curator puberibus. 2. tutor datur testamento & lege, curator tantum a magistratu. 3. tutor datur personæ, curator tantum rebus. 4. tutor datur invitis, curator non nisi volentibus *in pr.* §. 1. & 2. & 3. *h. tit.* 5. tutorem habenti non datur tutor, sed ei adjungitur curator, §. 5. *h. tit.* 6. tutor ad certam causam non datur. §. 4. *supra tit.* 14.

128. Sed hæ differentiæ in foro vix observantur, tutoris enim & curatoris officia conjunguntur.

129. Dantur & curatores aliis quam minoribus, veluti furiosis & prodigis. §. 3. *h. t.*

130. Prodigus autem est, cui ob luxuriam bonis interdictum est. *l.* 1. *ff. de curat. furios. & aliis*

131.

131. Item mente captis, surdis, mutis, & perpetuo morbo laborantibus, si rebus suis ipsi superesse nequeant; cœcis non datur curator. §. 4. *h. t.*

TIT. XXIV. *De Satisd. tutoris.*

132. Jure civili Magistratus debent exigere satisdationem, hoc est fidejussoriam cautionem, a tutoribus, exceptis testamentariis, & his, qui a majore magistratu, veluti a Curia suprema, dantur. *in princ.* & §. *ult. h. t.*

133. Magistratus minores, qui neglexerunt exigere fidejussores, vel non exegerunt idoneos, hi tenentur actione subsidiaria, si pupillus damnum a tutore fidejussoribusque consequi non possit. §. 2. *h. t.*

134. Sed hæc actio, ut ipsa satisdatio, hodie rarius est in usu, nisi tutor vel curator obæratus aut suspectus sit, quo casu judex ex officio ipsi injungere potest, ut pro administratione idonee caveat. Sand. *l.* 2. *tit.* 9. *defin.* 9.

TIT. XXV. *De excusat. tutorum.*

135. Sed excusationes sunt magis usitatæ, quarum causæ hoc titulo recensentur.

136. I. Quinque liberi excusant, sic ut computentur jam nati, non mortui, nisi in acie cæsi. Romæ olim tres liberi, in Italia quatuor excusabant, sed hoc hodie non est in usu. *princ. h. t.*

137. II. Qui res Fisci administrant, excusantur, ut sunt Quæstores, etiam publicani, §. 1. *h. t. l.* 10. *Cod. hoc tit. l. ult. Cod. qui dare tutores*, durante sc. administratione.

138. III. Absentes Reipublicæ causa excusantur, etiam intra annum, postquam reversi sunt. §. 2. *h. t.*

139. IV. Potestas, hoc est major Magistratus, imo & municipales, id est singularum urbium Magistratus. §. 3. *h. t. l.* 6. §. 16. *ff. eod. tit.* Sand. *lib.* 2. *t.* 9. *def.* 6.

140. V. Lis cum pupillo excusat, §. 4 *h. t.* imo prohibet hodie. *Nov.* 72.

141. VI. Onus trium tutelarum, si non sint affectatæ, §. 5. *hic.* aliquando & una valde gravis excusat. *l.* 31. §. *ult. ff. h. t.*

142. VII. Paupertas. §. 6. *hic.*

143. VIII. Adversa valetudo. §. 7. *h.*

144. IX. Imperitia literarum. §. 8. *h. t.* Sic tamen, ut Judex cognoscere debeat, num quis ob illas causas plane sit ineptus ad tutelam.

145. X. Inimicitia gravis, quam tutor cum patre pupilli habuit, simpliciter excusat; levis tum demum, cum vexandi causa tutor datus est. §. 9. & 11. *h. t.*

146. Ætas septuaginta annorum, excusat a tutela vel cura suscipienda, §. 13. *h. t.* Sand. *lib.* 2. *tit.* 11. *def.* 5. & annus septuagesimus completus, non tantum cœptus sit, oportet. *ibid.*

147. XI. Minor ætas excusat, vel potius prohibet, a tutela legitima & dativa, §. 13. *h. t.* de testamentaria dictum est *supra.*

148. XII. Militia prohibet a tutela. §. 14. *h. t.*

149. XIII. Matrimonium prohibet, nam maritus non potest esse curator uxoris. §. 19. *hic.* juncta *l.* 4. *Cod. h. t.* & *l.* 14. *ff. de curat. furiof.* &c.

150. Sed moribus, vir dicitur legitimus curator uxoris suæ; improprie tamen.

151. Nam cura, vel est ob defectum ætatis, aut, ut olim, propter sexum; hæc autem cura hodierna non est propter ætatem, quia competit in vetulas; non est etiam ob imbecillitatem sexus, quia tantum competit in nuptas, non in virgines, nec viduas.

152. Ergo non est hæc cura legitima, sed effectus maritalis potestatis. vid. Stat. Fris. *lib.* 1. *tit.* 2. §. 1.

153. XIV. Exercitium quarumdam artium, ut Grammaticæ, Rhetoricæ & Medicinæ quoque excusat. §. 15. *h. t.*

154. Imo & professiones Academicæ omnium facultatum excusare videntur per *l.* 6. *C. de professor.*

155. Clerici etiam & olim & hodie excusantur, *auth. presbyt. Cod. de episc.* & *Cler.* quibus merito accensentur verbi Divini ministri. Sand. *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 7.

156. Ultima causa, est tutela gesta, quæ excusat a cura ejusdem pupilli. §. 18. *h. t.*

157. Sed & hæc hodie cessare videtur.

TIT. XXVI. *De suspectis Tutoribus.*

158. Si tutor non ex fide gerit tutelam, potest a quolibet, ut suspectus, accusari, ut removeatur. §. 2. & 3. *h. t.*

159. Impuberibus in suos tutores hæc accusatio denegata est: concessa vero puberibus in suos curatores, sed communicato cum necessariis suis consilio. §. 4. *hic.*

160. Aliquando etiam curator suspectos adjungitur, ut si fraude careat, vel propinquus pupilli sit. §. 5. *supra de curator. l.* 9. *ff. h. t.*

161. Sed totum hoc remedium hodie rarius est, quia nunc rationes quotannis exigi possunt, & sic improbitas tutorum detegi; cum jure civili non liceat rationes exigere, nisi post finitam tutelam. §. *ult. supra de Atil. tut. l.* 4. *in princ.* & *l.* 9. §. 4. *ff. de tut.* & *rat. distrah.*

LIB.

Digitized by Google

LIB. II.

TIT. I. *De rerum divisione & adquir. ipsar. dominio.*

1. SEcundum juris objectum, de rebus, habet duas partes, de dominio, & de obligationibus.

2. Præmittuntur tamen divisiones rerum, quarum prima est; Res sunt vel in patrimonio, sive in bonis, vel extra patrimonium. *pr. h. t.*

3. In bonis est, ad quod persequendum habemus actionem, vel ad retinendum exceptionem. *l. 52. ff. d. A. R. D.*

4. Secunda divisio est; Res sunt vel communes, id est omnium hominum; vel publicæ, hoc est certi populi liberi; vel universitatis, hoc est corporis alicujus, veluti civitatis aut territorii; vel nullius, ut res sacræ, sanctæ, religiosæ; vel singulorum, quæ in privato cujusque dominio sunt. §. 1. *&* 2. *usque ad* §. 12. *h. t.*

5. Dominium, est libera de re nostra potestas. Estque duplex:

6. Plenum, quod cum emolumento est conjunctum; & nudum, quod ab usufructu est separatum.

7. Vulgo etiam dividitur in utile & directum.

8. Utile, quod habet emphyteuta, & superficiarius, & vassallus.

9. Directum, quod habet dominus prædii Emphyteutici, vel soli, cui domus ab alio imposita est, vel feudi. *dict.* §. 11. *h. t.*

10. Modi quibus dominium adquiritur, sunt vel juris gentium, vel juris civilis.

11. Juris gentium modi sunt sex, occupatio, accessio, specificatio, commixtio sive confusio, fructuum perceptio & traditio.

12. Occupatione adquiruntur res communes, ut sunt volucres, pisces, feræ bestiæ, omniaque animalia in nullius redacta dominium, §. 12. *h. t.* etiam apes, §. 14. item pavones & columbæ, §. 15. quæ tamen, donec habent consuetudinem eundi & redeundi, non fiunt capientium. §. 15. *h. t.*

13. Quod si animalia capta rursus evaserint, cedunt aliis capientibus, *dict.* §. 12. *&* §. 14. *h.* verum gallinæ & anseres non sunt feræ, earumque fit furtum. §. 16. *h.*

14. Accessio est duplex, naturalis vel artificialis.

15. Per naturalem adquiruntur nobis fœtus animalium. §. 19.

16. Item, quod per alluvionem tacite, & per avulsionem expresse, terris vel agris nostris adjicitur. §. 20. *&* 21. *h.*

17. Sed inundatio, quia brevi recessura speratur, non mutat dominium. §. 24. *hic.*

18. Tertius modus, qui est specificatio, contingit, cum quis ex aliena materia facit novam speciem, veluti ex panno aut ligno alieno vestem vel navem.

19. Hic distinguitur, si species reduci queat ad primam rudemque materiam, tum is est dominus, cujus fuit materia; si non possit reduci, tum is qui fecit, est dominus.

20. Sic in nave & veste, qui fecit, habet dominium; in poculo ex alterius argento facto, is cujus argentum est habet dominium. §. 25. *h. t.*

21. Confusio sive commixtio transfert dominium, quando duorum pluriumve materiæ, vel data opera miscentur, vel ita fortuito, ut commode a se invicem separari nequeant. §. 27. *&* 28. *h. t.*

22. De accessione artificiali agitur in §. 26. 30. 31. 32. 33. *&* 34. *h. t.*

23. Exempla sunt; qui purpuram alienam suæ vesti adtextuit, aut aliud quid rei suæ adjunxit, fit dominus accessorii illius. §. 26.

24. Item, qui in suo solo ex aliena materia inædificavit, fit dominus ædificii, salva tamen domino rei actione ad pretium. §. 29.

25. Contra, si quis in alieno ædificaverit, seu fundo sive ædificio, ille fit dominus, cujus est domus aut fundus.

26. Ut tamen ædificator bonæ fidei repetat impensas, necessarias & utiles absolute; voluptuarias tollere potest, quatenus sine læsione rei tolli possunt. §. 30. *h.*

27. Qui plantavit in solo alieno, qui sementem in alieno fecit, dominum sati & plantæ facit eum, cujus est solum, salvis tamen & ipsi impensis. §. 31. *&* 32.

28. Idem est in scriptura. §. 33.

29. Secus tamen in pictura. §. 34.

30. Sequitur fructuum perceptio ex fundo alieno, quos bonæ fidei possessor facit suos, percipiendo & consumendo, idque sive naturales sive industriales sint. §. 35. *h. l.* 48. *ff. de adquir. rer. dom.*

31. Sed extantes fructus, id est nondum consumpti, salvis impensis restitui debent. *l.* 22. *Cod. de rei vind.*

32. Ultimus modus, Traditio, & translatio rei corporalis, facta ab eo, qui jus & animum alienandi habet. vid. §. 40. *h. t.*

33. Estque duplex, propria vel impropria. Propria, cum possessio vere transfertur.

34. Im-

Digitized by Google

34. Impropria, est vel ficta vel symbolica. Ficta, quæ fit brevi manu, cum res apud eum, qui dominus est faciendus, jam præexistit.

35. Symbolica, quæ fit per signum aliquod, veluti traditione clavium, aut cum res incorporales transferuntur.

TIT. II. *De rebus corpor. & incorporalibus.*

36. Superest adhuc una divisio rerum in titulo 2. quod res sint corporales, quæ tangi possunt; vel incorporales, quæ in jure consistunt, ut actio, obligatio, hereditas, quatenus hæc pro jure sumitur quo res hereditariæ ad nos pertinent.

37. Res corporales sunt vel mobiles vel immobiles.

TIT. III. *De Servitutibus.*

38. Res incorporalis est etiam Servitus, quæ est jus, quo dominus aliquid in suo pati, vel non facere cogitur, in alterius utilitatem.

39. Estque duplex: prædialis, aut personalis.

40. Prædialis est vel rustica vel urbana.

41. Rustica, quæ debetur prædio rustico urbana, quæ urbano.

42. Est autem urbanum prædium omne ædificium habens alias ædes vicinas.

43. Rusticum, omnes agri. §. 1. *h. t.*

44 Urbanæ servitutes sunt, jus tigni immittendi, oneris ferendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, aut non, altius non tollendi, luminibus non officiendi §. 1. *h. t.*

45. Rusticæ sunt, iter, actus, via, aquæductus, aquæhaustus, pecoris ad aquam appulsus, jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ &c. *in pr. &* §. 2. *h. t.*

46. Constituitur servitus pactionibus aut ultimis voluntatibus, item non interrupto usu decem annorum. *l.* 10. *ff. Si servitus vindicetur.*

TIT. IV. *De Usufructu.*

47. Personales servitutes sunt tres, Ususfructus, Usus & Habitatio.

48. Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. *pr. h. t. & l.* 1. *ff. h.*

49. Dividitur in verum & quasi usumfructum.

50. Verus consistit in rebus, quæ usu non consumuntur, tam mobilibus, quam immobilibus.

51. Quasi-ususfructus in rebus quarum usus consistit in abusu; ut est oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata. §. 2. *h. tit.*

52. In vero usufructu cavere debet fructuarius, se boni viri arbitratu usurum, fruiturum, & quod ex rebus supererit hoc se restituturum.

53. In quasi usufructu cavetur, tantundem, finito usufructu, restitutum iri. *l.* 1. *ff. Usufr. quemad. cav. dict.* §. 2. *h. t.*

54. Verus ususfructus finitur morte usufructuarii, tam naturali quam civili, quæ contingit per ademptionem libertatis aut civitatis. §. 3. *h. t.*

55. Et hac duplici morte quasi-ususfructus duntaxat finitur. *d.* §. 2.

56. Item finitur ususfructus non utendo juxta modum præfinitum & per tempus decem vel viginti annorum.

57. Tertio finitur quoties vel proprietarius usumfructum, vel fructuarius proprietatem adquirit, quæ res dicitur consolidatio.

48. Denique, rei interitu finitur ususfructus, ut & mutatione essentiali, quæ naturam & nomen rei ipsius tollit. *d.* §. 3. *h. t.*

TIT. V. *De Usu & Habitatione.*

59. Usus est jus alienis rebus utendi ad necessitatem vitæ duntaxat, salva rerum substantia.

60. Nihil igitur lucri facere potest usuarius, sed quod ad nudam vitæ sustentationem ex re usuaria provenit, hoc habet.

61. Habitatio est jus alienas ædes inhabitandi, leviter tantum discrepans ab usufructu ædium. vid. §. 5. *h. & l.* 10. *ff. h. t.*

62. Moribus hodiernis, habitatio & usus non multum habent usus, ac rarissime constituuntur.

TIT. VI. *De Usucapionibus & longi temporis præscriptionibus.*

63. Sequuntur modi, quibus dominium jure civili adquiritur, & sunt vel particulares, vel universales.

64. Particulares sunt, usucapio, donatio & legatum.

65. Usucapio, est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti *l.* 3. *ff. de usurpat. & usucap.*

66. Requisita ejus sunt, 1. ut quis rem alienam possideat bona fide, hoc est, existimans se esse revera dominum. 2. Ut rem nactus sis titulo habili ad dominium transferendum, ut emptionis, donationis, aut simili. 3. Ut res non sit incapax usucapionis, veluti furtivæ, aut vi possessæ; vel commercio exempta, veluti sacræ, publicæ; denique res pupillorum & minorum. 4. Ut possessio fuerit continua, non interrupta. 5. Ut res possessa fuerit per legitimum tempus, quod in rebus mobilibus est triennium, in immobilibus longum tempus, hoc est X. anni inter præsentes, 20. inter absentes. vid. *princip. &* §. *seqq. h. t.*

Digitized by Google

TIT. VII. *De Donationibus*.

67. Donatio eſt liberalis rei alienatio.

68. Eſtque duplex, mortis cauſa, & inter vivos.

69. Illa, quæ fit ſub conditione mortis donatoris, & eſt revocabilis per pœnitentiam, item, ſi donatarius ante donatorem ſit mortuus, quin & per ſe revocatur, ceſſante periculo cujus intuitu facta eſt. §. 1. *h. t.*

70. Imo & ſi res tradita ſit, tamen poteſt revocari. *l.* 29. *&* 30. *ff. de mort. cauſ. don.*

71. Donatio inter vivos, eſt vel ſimplex vel relata.

72. Simplex, quæ fit ex mera & abſoluta liberalitate, qualis ſi excedat quingentos ſolidos, debet actis inſinuari. §. 2. *h. t.*

73. Relata fit ob aliquem reſpectum, quo ceſſante non fieret, ut eſt remuneratoria, vel propter nuptias. §. 3. *h. t. l.* 7. *ff. de donat.*

74. Inter vivos donatio non revocatur niſi ob ingratitudinem *inſignem*, cujus exempla ſunt *in l. ult. C. de revocand. donat.*

75. Si injuriam donatori inferat atrocem, ſi manus inferat donatori, ſi jacturam bonis ipſius gravem infligat, ſi inſidias vitæ ejus ſtruxerit; & ſi conditiones, quæ intervenere, non ſervet.

76. Item ob ſupervenientiam liberorum, ſi donatio magna fuerit. *l.* 8. *C. eod. tit.*

TIT. VIII. *Quibus alienare licet, vel non.*

77. Porro omnis actus, quo dominium transfertur, dicitur alienatio.

78. Proinde, quicunque eſt dominus, poteſt rem alienare.

79. Excipitur maritus, qui licet dominus ſit fundi dotalis, tamen eum alienare prohibetur. *pr. h. t.*

80. Item pupillus, qui licet dominus rei ſuæ, tamen alienare non poteſt; neque minor ſine tutoris & curatoris auctoritate; nec illis ſolvi poteſt. §. 2. *h.*

81. Imo res immobiles ſine decreto magiſtratus non poſſunt alienari. §. *ult. h. t. l.* 22. *C. de adminiſt. tut.*

82. Aliquando, qui non eſt dominus, poteſt alienare, veluti creditor, qui pignus diſtrahere poteſt, facta denunciatione debitori ut ſolvat. *l.* 4. *C. de diſtract. pign. l. ult. C. de jur. dom. impetr.*

TIT. IX. *Per quas perſon. cuiq. adquir.*

83. Regula juris civilis eſt, quod nemo per alium, vel dominium, vel obligationem adquirere poſſit, niſi per eos, quos habet in poteſtate, ſc. ſervos, & liberos. *pr. h.*

84. Per ſervos, dominus olim indiſtincte omnia adquirebat.

85. Sed in filiosfamilias, diſtinguitur juxta peculium, quod eſt quadruplex.

86. Dicitur enim primo profectitium, quod ex re & ſubſtantia patris proficiſcitur.

87. Secundo adventitium, quod ex ſucceſſione materna, aut aliunde liberis advenit.

88. Caſtrenſe, quod filius in bello lucratus eſt.

89. Quaſi caſtrenſe, quod in militia togata, velut Senator, Magiſtratus, aut Advocatus, Paſtor, vel Profeſſor, lucrantur &c.

90. Quod ex profectitio filius lucratur, hoc totum patris eſt. §. 1. *h.*

91. Ex adventitio, filius habet proprietatem, pater uſumfructum, cujus dimidium poſt emancipationem retinet. §. 2. *h.*

TIT. X. *De teſtam. ordinandis.*

92. Sequitur adquiſitio univerſalis, nempe hereditatis.

93. Eſt autem hereditas, ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus tempore mortis habuit. *l.* 24. *ff. de V. S.*

94. Defertur duobus modis, teſtamento, vel lege, ſive ab inteſtato.

95. Teſtamentum eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit. *l.* 1. *ff. Qui teſt. fac. poſſ.*

96. Eſtque duplex, ſcriptum, vel nuncupativum.

97. Illud, cujus ſolennitas ſcriptura, hoc, quod viva voce perficitur.

98. Requiſita generalia ſunt, unicus contextus, & numerus ſeptem teſtium, qui ſpecialiter rogentur. §. 3. *h. t.*

99. Unicus contextus duas res ſignificat, 1. continuitatem temporis, ne interruptio fiat, 2. uniformitatem actus, ne quid extranei, vel a teſtamento alieni immiſceatur, veluti contractus, qui in teſtamento iniri non poteſt. §. 3. *h. t. l.* 28. *Cod. qui teſtam. fac. poſſ.*

100. Teſtes non modo ſpecialiter rogandi ſunt, ſed & tales eſſe debent, cum quibus ſit teſtamenti factio. §. 6. *h.*

101. Quæ duplex eſt, activa & paſſiva.

102. Activa conſiſtit in jure & in forma condendi teſtamenti.

103. Paſſiva, in jure capiendi ex teſtamento.

104. In teſtibus autem paſſiva ſufficit.

105. Sed & aliqui excipiuntur, qui licet capere poſſint, teſtes tamen eſſe nequeunt, ut mulieres, impuberes, ſervi, furioſi, muti, ſurdi, prodigi, inteſtabiles, quique eodem patriæ pote-

potestatis vinculo continentur, denique heredes prohibentur. §. 6. & *seqq. h. t.*

106. Occultum tamen vitium non nocet. §. 7. *h.* Legatarii possunt esse testes. §. 11. *h.*

107. Speciale scripti testamenti requisitum, quod hodie in usu sit, fere nullum est, praeter subscriptionem testatoris & testium. §. 3. *h. lib. 1. tit. 16. §. 2. Stat. Fris. de testam.*

108. Reliqua in §. 4. & 5. obsoleta sunt; non perinde, quod est in §. 13. posse testamentum in duobus exemplis, utroque authentico, fieri; cui hodie accedit, quod in eadem charta duo testari possint.

109. Testamenti nuncupativi nihil etiam speciale proditum est, quam ut testator clare exprimat omnem suam voluntatem, coram 7. testibus. §. 14. *h. t.*

110. Utcunque autem postea in scriptum redigatur, manet tamen nuncupativum, ultimaque scriptura instrumentum probationis est.

TIT. XI. *De militari testam.*

111. Est & alia testamenti differentia, quod sit solenne, vel privilegiatum, quale est militare, in quo nihil aliud requiritur, quam ut voluntas militis clare constet. §. 1. *h. t.*

112. Idem est in testamento parentis inter liberos. *l.* 21. §. 1. *Cod. de test.*

113. Item in testamento, quod in actis insinuatur, vel quod principi offertur. *l.* 19 *Cod. de testam.*

114. Testamentum tempore pestis factum, jure civili unicum habet privilegium, ne testes pariter convenire cogantur. *l.* 8. *Cod. testam.*

115. Usu fori valet etiam quovis fere modo, saltem si clare constet voluntas.

TIT. XII. *Quibus non est permissum facere testam.*

116. Jus activae testamenti factionis habent, qui non prohibentur.

117. Causa prohibitionis est triplex. I. Capitis diminutio, quae prohibet filiumfamilias, excepto peculio vere vel quasi castrensi. *pr. h. t.*

118. II. Vitium animi vel corporis. Ob hoc prohibentur impuberes & furiosi, §. 1. *h.* prodigi. §. 2.

119. Surdi & muti, nisi quatenus voluntatem suam scribendo, aut surdus loquendo perfecte exprimere possunt. §. 3. *h.*

120. Denique caecus hactenus prohibetur, ut nuncupare debeat voluntatem suam coram septem testibus, adhibito tabellione vel octavo teste, qui scribat omnia & testes subscribant. *l.* 8. *Cod. qui test. fac.*

121. III. Causa est improbitas, cujus respectu qui capitis sunt damnati, non possunt testari, *l.* 8. §. *ult. ff. qui test. fac.* quod non est mutatum *Nov.* 22. *cap.* 8.

122. Item, Haeretici improbiores, *l.* 21. *C. de Heret.* & qui incestis nuptiis se funestarunt. *Auth. ex complexu C. de Incest. nupt.*

TIT. XIII. *De Exhered. liberorum.*

123. Porro aliqui necessario instituí vel exheredari debent, ut sunt filiifamilias, qui silentio praeteriti, testamentum dicunt ipso jure nullum. *pr. h. t.*

124. Sed posthumus silentio praeteritus, rumpit testamentum agnascendo. §. 1. *h. t.*

125. Nepos ab avo praeteritus, patre suo mortuo, rumpit testamentum, quasi agnascendo. §. 2. *h. t.*

126. Filius emancipatus praeteritus, rescindit testamentum per bonorum possessionem contra tabulas. §. 3. *h.*

127. Adoptivi habent jus naturalium, quamdiu manent in adoptione, non postea. §. 4. *h.*

128. Differentia inter mares & feminas, quae olim obtinebat, sublata est. §. 5. *h.*

129. Contra militis testamentum, liberi nihil movere possunt. §. 6. *h. t.*

130. Contra matris aviaeque, vel avi materni praeteritionem, quae aequipollet exheredationi, datur querela inofficiosi testamenti. §. 7. *h. t.*

TIT. XIV. *De Heredibus instituendis.*

131. Heredis institutio, est surrogatio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit.

132. Hereditas, termino artis, vocatur As, cujus duodecim sunt unciae, proinde una pars est uncia, quasi *unica*, duae partes sextans, sive sexta pars assis. 3. Partes quadrans, seu quarta pars Assis. 4. Triens, id est tertia pars Assis. Tum a numero unciarum, 5. quincunx; 6. semis, id est *semi as*, 7. septunx, 8. Bes, contracte, pro *bis triens*, 9. Dodrans qu. *de asse quadrans*, 10. dextans, qu. *de asse sextans*, 11. deunx qu. *de asse uncia.* §. 5. *h. t.*

133. Regula autem est, quod nemo, nisi miles, pro parte testatus, pro parte intestatus mori possit, *l.* 7. *de R. J.* §. 5. *h. t.*

134. Hinc si unus ex semisse sit institutus, huic reliqua accrescunt. *d.* §. 5.

135. Si inter plures aliquae partes desint vel exsuperent, hae perinde singulis accrescunt vel decrescunt. §. 6. & 7. *hic.*

136. Fit institutio vel pure, vel sub conditione, (quae est casus collatus in futurum) nam tempus pro non adjecto habetur, §. 9. *h. t.*

Digitized by Google

137. Conditio quoque impossibilis pro supervacua habetur. §. 10. *h. t.*

138. Reliquæ sive casuales sint, seu potestativæ, vel mixtæ conditiones, debent impleri, alioqui deficit institutio. *l.* 1. *tot.tit. ff.de condit.*

TIT. XV. *De vulgar. substitut.*

139. Substitutio, est institutio heredis in secundum vel ulteriorem gradum.

140. Estque duplex, vulgaris, & pupillaris.

141. Vulgaris dicitur, quia vulgo fit, hoc est, a quovis testatore, in locum cujuivis heredis.

142. Forma ejus est, ut fiat in casum non aditæ ab herede scripto hereditatis, velut, si ante testatorem moriatur, vel nolit, aut non possit adire hereditatem.

143. Nam adita semel hereditate, substitutio extinguitur, & hereditas ad legitimos defertur. *vid. princ. & §. seqq. h. t.*

TIT. XVI. *De pupillari substitut.*

144. Pupillaris substitutio est, quando pater liberis impuberibus, quos habet in potestate, dat heredem, in casum, quo ante pubertatem sunt morituri.

145. Cujus effectus est, ut substitutus non tantum consequatur bona, quæ a patre profecta sunt, sed & adventitia filii impuberis.

146. Forma ejus extat in *pr. h. t.* sed notandum, quando pater vulgariter substituit liberis impuberibus, quod tunc, expressa vulgaris contineat tacitam pupillarem: & contra, expressa pupillaris contineat vulgarem tacitam. *l.* 4. *ff. de vulg. & pupil. substit.*

147. Exemplo pupillaris substit. recepta est alia, qua parentes utriusque sexus liberis mente captis, substituunt in casum, quo extra usum rationis sunt morituri. §. 1. *h. t. l.* 9. *de impub. & aliis subst.*

148. Evanescit hæc utraque substitutio, quam primum liberi pubertatem sunt egressi, aut mentem recuperarunt. §. 8. *h. t.*

149. Nam ultra pubertatem parentes nihil possunt præscribere liberis, nisi per fideicommissariam substitutionem, quemadmodum & mater, aliique, non habentes *suos* heredes, in sua potestate, pupillariter substituere non possunt, sed tantum per fideicomm. §. *ult. h. t.*

TIT. XVII. *Quibus modis testamenta infirmentur.*

150. Testamenta, quæ non habent juris effectum, vel ab initio sunt invalida, vel ex postfacto infirmantur.

151. Quæ ab initio, illa ipso jure nulla dicuntur, ut in quibus filiifamilias sunt præteriti, vel in quibus desunt solennia juris.

152. Ex postfacto infirm. jure civili, vel jure prætorio: ex hoc datur bonorum possessio contra tabulas, liberis emancipatis præteritis. *supra n.* 126.

153. Jure civili testamenta rumpuntur, vel irrita fiunt, aut rescinduntur.

154. Rumpuntur, agnatione sui heredis, vera vel quasi.

155. De vera & de una specie quasi agnationis, dictum est *supra n.* 124. *&* 125.

156. Alia species est in §. 1. *h. t.* si testator post factum testamentum aliquem adoptaverit, vel filium legitimaverit.

157. 2. Rumpitur testam. posteriori testamento æque perfecto, licet heres ex eo non extiterit, & licet prius testam. non sit revocatum, imo licet in priori clausula sit derogatoria, qua testator sibi ademerit mutandi facultatem; modo constet, testatorem voluisse serio mutare voluntatem. §. 2. *h. t. l.* 6. §. 2. *ff. de jure codicill.* vid. Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10.

158. Rumpitur quoque testamentum incidendo, delendo, aut cancellando, quod data opera factum sit. *l.* 1. *& tot. tit. ff. de his, quæ in test. delent.*

159. Si quis tabulas testamenti non habens, velit revocare testamentum, debet hoc facere solenniter, aut condere novum; nuda voluntas non valet, nisi coram tribus testibus declarata, & decennium a priore testam. sit elapsum. *l.* 27. *Cod. de testam.* §. 7. *h. t.*

160. Irritum fit testamentum capitis diminutione testatoris, (vel quæ maxima est, cum libertas, vel media, cum civitas, vel minima, cum jus familiæ tollitur.) ut per adoptionem, excepto militis testamento, quod minima capitis diminutione non tollitur. §. 4. *h.*

TIT. XVIII. *De Inofficioso testam.*

161. Rescinditur testamentum jure civili, per querelam inofficiosi testamenti.

162. Quæ definitur, petitio hereditatis, facta per rescissionem testam. inofficiosi. *l.* 19. *ff. h. tit.*

163. Est autem inoff. testam. in quo exheredati vel præteriti sunt, qui officio pietatis non debebant.

164. Præteritos intellige, a matre, vel ab avo materno; nam qui a patre prætereuntur dicunt testamentum nullum, vel petunt contra tabulas. *ut supra.*

165. Datur querela, 1. liberis, 2. parentibus, 3. fratribus germanis & consanguineis, non aliter tamen, quam si turpis persona scripta sit heres, *pr. &* §. 1. *h. l.* 27. *Cod. h. tit.* ubi uterini excluduntur, quod tamen aliqui putant mutatum,

Digitized by Google

tatum, per *Nov.* 118. *cap.* 4. & 5. ubi differentia sexuum tollitur.

166. Cessat querela, 1. Si justa sit causa exheredandi, quales in liberis sunt 14. in parentibus 8. in fratribus 3. quas vid. in *Nov.* 115. *cap.* 3. & 4 quarum una saltem inseri debet testamento.

167. 2. Si aliud remedium competat, quo exheredatus vel præteritus portionem suam consequi possit. §. 2. *h.*

168. 3. Si relicta sit ipsi Legitima, quæ est portio hereditatis, quam lex jubet necessario relinqui his, quibus alias competit querela.

169. Olim erat 4. pars, & quovis titulo relinqui poterat. Hodie est triens, vel semis, portionis ab intestato debitæ.

170. Triens, si liberi sunt quatuor, aut infra; semis, si nati sint quinque vel ultra; tituloque institutionis relinqui debet. *d. N.* 115. *cap.* 3. *in pr.* junct. *N.* 18. *cap.* 1.

171. Si minus quam legitima relictum sit titulo institutionis, tum competit condictio ex *l.* 30. *Cod. h. t.* ad supplementum legitimæ.

172. Quæ est perpetua & transit in heredes, cum querela intra quinquennium non mota, extinguatur. *l.* 8. *§. ult. ff. h. t.*

173. Nec etiam heredibus datur, nisi præparata, hoc est mota jam a defuncto. *l.8.ff.h.t.*

174. Si vero legatum duntaxat, etsi majus legitima, tantum relinquatur, adhuc querela competit, per *d. Nov.* 115. *cap.* 3. *in pr.*

TIT. XIX. *De heredum qualitate & differentia*

175. Heredes sunt vel necessarii, vel voluntarii.

176. Necessarii, vel tales tantum, ut olim erant servi, vel necessarii & sui simul, ut filiifamilias. §. 1. & 2. *h. t.*

177. Filiifam. dicuntur *sui*, quia ipso jure & immediate sunt heredes, ut quasi pro ipsis defunctis habeantur dominiumque rerum paternarum, magis continuari in illos, quam transferri videatur. *l.* 11. *ff. de lib. & posth.*

178. Dicuntur necessarii, quia ex rigore juris civilis cogebantur olim esse heredes, sive vellent, sive nollent.

179. Sed jure Prætorio habent beneficium abstinendi, quo hereditati paternæ subducere se possunt, cum eodem effectu, quo extranei heredes repudiare possunt. §. 2. *h. t.*

180. Nam ita termini in jure distinguuntur; *sui* dicuntur se miscere vel abstinere, extranei adire vel repudiare.

181. Voluntarii heredes sunt omnes, qui non sunt sui, hoc est, qui non fuerunt in potestate defuncti, quos etiam extraneos vocamus, licet proximo sanguine junctos. §. 3. *h.*

182. Qui autem heredes fiunt, tenentur de cunctis oneribus, etiam ultra vires hereditarias, ideo datur illis duplex beneficium.

183. I. Est jus deliberandi, quo petit heres a judice novem menses, a Principe annum, ut deliberet, an expediat sibi adire hereditatem vel non; tempore elapso tenetur. §. 5 *h. t.*

184. Secundum, est beneficium inventarii; per quod heres, facta descriptione rerum hereditariarum, intra tres menses, præsentibus creditoribus & legatariis, consequitur hæc tria commoda;

185. I. Quod non teneatur ultra vires hereditarias. *l. ult.* §. 4. *C. de jure delib.*

186. II. Quod nihilominus deducere possit Falcidiam de legatis, Trebellianicam de fideicom. *d. l. ult.* §. 4.

187. III. Quod servare possit id, quod sibi a defuncto debebatur. *d. l. ult. Cod. de jure delib.*

188. Incommoda neglecti inventarii, vicissim 3. sunt;

189. I. Tenetur heres creditoribus in infinitum.

190. II. Perdit Falcidiam, non tamen legitimam respectu legatariorum, nec quidem Trebellianicam.

191. III. Perdit hoc, quod sibi a defuncto debebatur. *d. l. ult.*

192. Postremo, Hereditas adquiritur ipso jure, vel facto.

193. Ipso jure a suis heredibus.

194. Facto ab extraneis.

195. Idque adeundo, vel pro herede gerendo.

196. Aditio est declaratio, quod quis velit esse heres.

197. Pro herede gestio, est demonstratio re & facto significata, quod quis heres esse velit.

198. Hinc sui heredes, etiam ignorantes, transmittunt heredit. ad suos successores, quod hodie in omnibus liberis, quanquam non suis, obtinet. *l. unic. Cod. de his, qui ante apert. tab.*

199. Reliqui extranei heredes, non aliter transmittunt hereditatem ad suos successores, quam ipso facto aditam & adquisitam, §. *ult. h. t. l. unic.* §. 5. *Cod. de caduc. toll.* nisi ex justissima causa restitutio in integrum concedatur. *l.* 86. *ff. de adq. vel omit. hered.*

TIT. XX. *De legatis.*

200. Legatum est donatio quædam, a defuncto relicta, ab herede præstanda. §. 1. *h. t.*

201. Legari possunt res quælibet, mobiles & immobiles, etiam incorporales, veluti nomina & actiones. §. 21. *h. t.*

202.

Digitized by Google

202. Et liberatio ab ære alieno. §. 13. *h.*

203. Et optio, qua heres ex plurimis rebus optimam eligere potest. §. 23. *h.*

204. Alioqui, cum res in genere legatur, tum electio est quidem legatarii, sed non potest optimum eligere. *l.37. ff. de legat.1.§.22 h.t.*

205. Res quoque aliena recte legatur, modo legatarius probet testatorem scivisse quod res aliena esset, §.4. *h.t.* nisi conjuncta persona sit, ut parens, uxor, frater aut soror; his enim indistincte debetur. *l.* 10. *C. de legat.*

206. Res quoque oppignorata recte legatur, sed legatarius eam liberare debet, nisi probet, testatorem bene scivisse, quod oppignorata esset. §. 5. *h. t.*

207. Si quis rei sibi legatæ interim dominus est factus ex causa lucrativa, is legatum petere non potest, secus si ex onerosa, §. 6. *h t.* quia duæ lucrativæ causæ concurrentes se invicem consumunt. *d.* §. 6.

208. Res tamen, quæ nec sunt, nec possunt esse in rerum natura, §.7.*h.* vel quarum legatarius non habet commercium, non possunt legari, adeo, ut nec æstimatio debeatur.§ 4.*h.*

209. Sed res aliena, si ipsa præstari nequit, æstimanda est, pretiumque legatario præstandum. *d.* §. 4.

210. Si res una duobus conjunctim legetur, ac unus deficiat, neque legatum agnoscat, tum pars deficientis accrescit conjuncto, sed post agnitum transmittitur.

211. Verum, si singulis partes distinctæ ejusdem rei legentur, tunc portio deficientis manet penes heredem.§.8. *h.t. l. unic. C. de caduc. toll.*

212. Si res legata perierit culpa aut facto heredis, ipse tenetur, si casu fortuito ante moram, tunc periculum est ipsius legatarii.§.16.*h.t.*

213. Relinqui possunt legata omnibus, cum quibus est testamenti factio passiva. §.24. *h. t.*

214. Et si in nomine sit erratum, vel in demonstratione ac descriptione rei,talis error,modo voluntas constet, nihil nocet. § 29.*&* 30.*h.t.*

215. Ne falsa quidem causa, sive ratio impulsiva nocet, nisi heres probare possit, quod testator nullo modo legatum reliquisset, nisi putasset, causam illam esse veram. §.31. *h.l.* 72. §.6. *ff. de cond. & demonst.*

216. Potest legatum vel ante, vel post heredis institutionem collocari, sed naturalis situs est, ut institutio, tanquam basis & fundamentum, prius ponatur, legata sequantur. §.34.*h.t.*

217. Olim pœnæ causa non poterat legari, hoc est, ad coercendum heredem; hodie potest, modo conditio non sit turpis, aut impossibilis, quæ vitiat legatum. §.*ult.h.t.* Scilicet, quia heredi adjicitur; nam si legatario esset adjecta, pro non scripta haberetur. §. 10. *supr. de hered. instit.*

TIT. XXI. *De ademptione legatorum.*

218. Legata adimuntur expresse, vel tacite.

219. Utroque modo verbis, aut re.

220. Verbis expresse, cum testator ait, quod legavi, hoc non do, non lego.

221. Verbis tacite, cum legatum transfertur ab uno in alium; ut, quod Titio legavi, hoc Cajo do, lego.

222. Re expresse, cum testator legatum delet, aut cancellat.

223. Tacite, cum rem legatam absque necessitate alienavit. §. 12. *præced. tit. & h. t.*

TIT. XXII. *De Lege Falcidia.*

224. Lege Falcidia cautum est, ut si heres quartam bonorum non habeat salvam, tantum de legatis detrahere possit, ut quartam suæ portionis retineat liberam. *pr. &* §. 1. *h. t.*

225. Judicium hoc, an quarta sit salva, colligendum est ex quantitate bonorum, quæ tempore mortis fuit: incrementum aut decrementum postea superveniens non attenditur. §. 2. *h. t.*

226. Cessat lex Falcidia respectu testatoris, in testamento militis, *l.7. C.h t.* & cum testator expresse quartam detrahi prohibuit. *N.*1. *c.* 2.

227. Respectu heredis, si quibusdam legatariis non ignorans vires hereditatis, solida Legata solverit, & quando heres inventarium facere neglexit. *d. Nov.* 1. *cap.* 2.

228. Respectu rei Legatæ cessat in legato ad pias causas relicto. *Nov.* 131 *cap.*12. in rebus alienari prohibitis. *auth. Sed & in ea Cod. hoc tit.*

229. Hactenus de his, quæ testamento directe relinquuntur, Liberalitates indirecte vocantur Fideicommissa.

TIT. XXIII. *De fideicommiss. Hereditatibus.*

230. Est autem Fideicommissum omne id, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut det, vel faciat.

231. Estque universale, vel particulare.

232. Universale, cum quis rogatur totam hereditatem, vel assis partem, alii restituere.§ 1.*h.t.*

233. Qui rogatur restituere, ille dicitur fiduciarius, & cui restitutio fieri debet, is est fideicommissarius.

234. Hac de re est Senatus Consultum Trebellianum, cujus tria sunt capita, *Primum*, Ut heres rogatus cogi possit ad restitutionem hereditatis, sed tum absque omni damno, vel lucro. *l.* 4. *ad SCtum Trebell.*

235.

235. *Secundum*, ut heres, qui restituit hereditatem, quartam habeat salvam.

236. *Tertium*, ut pro rata onus æris alieni dividatur inter fiduciarum & fideicommissarium. §. 7. *h. t.*

237. Sed legata solvi debent a solo fideicommissario, nisi legatarius plus quarta habeat. *l.* 1. §. *ult. ff. eod.*

238. Fructus percepti, dum bona erant apud fiduciarium, non restituuntur, sed imputantur Quartæ, *l.* 18. §. 1. *ff. eod.* exceptis liberis primi gradus, qui habent quartam supra fructus. *l.* 6. *C. ad S. C. Treb.*

239. Quibus legitima debetur, hi non possunt supra legit. deducere quartam Trebellianicam, quia hæc demum competit, cum quarta non est salva: sed qui habet legitimam, ille plus quarta habet; aliter in foro receptum est. Sand. *lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 3.

240. Potest quoque ab intestato fideicommissum relinqui, cum heres legitimus nullo facto testamento, rogatur alicui restituere hereditatem. §. 10. *h. t.*

241. Etiam ille, cui ex fideicommisso restituenda hereditas, denuo rogari potest, ut alii restituat hereditatem, quod est fideicommissum graduale, & hic rursus alii, ac ita porro usque in perpetuum.

242. Sed tamen ultra quartum gradum vix extenditur, nisi enixa testatoris voluntas sit in contrarium. *Nov.* 159.

243. Cæterum, quarta non nisi semel deduci potest.

244. Cum testator heredem coram rogavit, ut restituat, tum valet fideicommissum sine ullis solennibus & testibus, denique, si neget heres, jurare debet. §. *ult. h.*

245. Alioqui testes quinque requiruntur in omni ultima voluntate. *l. ult. in fin. Cod. de jure Codicill.*

TIT. XXIV. *De singulis rebus per fideic. relictis*

246. Particulare fideicommissum est, cum heres vel legatarius rogatur a testatore, ut rem, certam alii restituat, veluti fundum, vel pecuniam. *pr. h. t.* Sed hoc jure novo in effectu nihil differt a legato. §. 3. *supra de Legat.*

247. Verbis tantum discrepant, ita ut quod verbis directis & imperativis relinquitur, legatum dicatur; quod obliquis precativis, fideicommissum. §. *ult. h. t.*

TIT. XXV. *De Codicillis.*

248. Quia sæpe fit, ut homines non possint tot adhibere solennitates, quot in testamento requiruntur, placuit recipere codicillum.

249. Qui est, testati vel intestati voluntas minus solennis, carens heredis institutione.

250. Fit enim testato vel ab intestato; cum testato fit, tum vires capit ex testamento; cum ab intestato, tum sua vi subsistit, & heres legitimus relicta implere debet. *l.* 8. *in pr.* & §. 1. *ff. h. t.*

251. Directe quidem in codicillo, nec heredis institutio, neque exheredatio, nec adjectio conditionis, vel substitutio fieri potest, sed per fideicommissum hæc omnia recte codicillis inferuntur. §. 2. *h. t. l.* 2. *C. h. t.*

252. In codicillo, duo solennia requiruntur, 1. ut quinque testes adsint, 2. ut sine interruptione fiat; reliqua solennia testamentorum hinc abesse possunt: ideoque & mulier potest esse testis in codicillo, & plures codicilli omnes valere possunt. §. *ult. h. t.*

253. Testamentum vitiosum valet jure codicilli, si clausula codicillaris adjecta sit. *l.* 41. §. 3. *ff. de vulg. & pupill. subst.*

254. Effectus hujus clausulæ est, quod heres ab intestato rogatus censeatur, ea, quæ perperam testamento sunt disposita, per modum fideicommissi supplere. *l.* 2. §. *ult. h. t. l.* 13. §. *ult. h. t. l.* 76. *ff. ad Sc. Trebell.*

255. Supplet hæc clausula defectum solennitatum; sed vitia, quæ testamentum solenniter factum subverterent, emendare non potest; ut liberorum præteritionem, vel exheredationem, &c. Aliter in foro servant. Sandius *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 12.

LIB. III.

De ordine succedendi ab intestato.

Tredecim priores libri tertii titulos, quia nihil quam ius obsoletum continent, præteribimus, eorumque loco *Nov.* 118. de success. ab intestato breviter exponemus.

2. Tres sunt ordines succedentium ab intestato: 1. descendentium, 2. adscendentium, 3. collateralium.

3. Descendentes, sunt vel ex justis nuptiis, vel extra eas.

4. Extra has sunt vel Legitimi, vel Illegitimi. Legitimi, ut 1. adoptivi, qui succedunt ut naturales. §. 14. *de hered. qu. ab intest.*

5. 2. Legitimi, qui succedunt, si per subsequens matrimonium legitimi sint facti, §. 2. *eod. tit.* per rescriptum Principis non aliter, quam deficiente prole legitima. *Nov.* 89. *c.* 9.

6. Ill

Digitized by Google

6. Illegitimi sunt nothi, spurii, nefarii, quales incestuosi, adulterini.

7. Naturales non legitimati, succedunt matri simpliciter, patri in sextantem: cum matre dividendum, si legitima proles desit, qua extante, tantum sunt alendi. *d. Nov.* 89.

8. Spurii, hoc est patre incerto nati, paternam successionem nullo modo habere possunt; matri succedunt, nisi illustris sit & liberos habeat legitimos. *l.* 5. *Cod. ad SCtum Orfit.*

9. Liberi adulterini, incestuosi, & contra alia legum præcepta nati, adeo non succedunt, ut ne alimentis quidem digni habeantur. *N.* 89. *cap. ult.*

10. Liberi ex justis nuptiis, sunt vel ex eodem, vel ex diversis matrimoniis.

11. De his qui e diversis, hæc regula est; communi parenti succedunt communiter, proprio separatim; exceptis iis, quæ parens communis a priori conjuge, vel a liberis prioris matrimonii præmortuis lucratus est.

12. Hæc enim ejusdem matrimonii liberis cedunt solis. *l.* 3. *C. de secund. Nupt.*

13. Liberi ejusdem matrimonii, sunt vel primi, vel ulterioris gradus.

14. Liberi primi gradus succedunt in capita, ulterioris in stirpes, sive jure repræsentationis; quando plures liberi tantundem accipiunt, quam solus eorum parens habiturus fuisset.

15. Hæc repræsentatio in linea descendenti semper & in infinitum habet locum. *cap.* 1. *d. Nov.* 118.

16. Deficientibus liberis, vocantur adscendentes, ita ut prior gradu potior sit jure; pares gradu, jure etiam pares.

17. In primo gradu dividunt bona in capita; sed in ulteriori, divisio fit secundum lineas, ita ut adscendentes materni auferant unum, paterni alterum semissem, licet numeri dispares, & licet ab uno latere cuncta bona venerint.

18. Cum adscendentibus tamen vocantur fratres & sorores utrinque conjuncti & liberi præmortuorum, hi in stirpes, reliqui in capita *Cap.* 2. *dict. Nov.* 118. *juncta Nov.* 127. *Cap.* 1.

19. Sequuntur Collaterales, quorum primi vocantur fratres & sorores, defuncto utrinque conjuncti, & præmortuorum liberi, sed hi in stirpes.

20. Ab uno latere conjuncti excluduntur, etiam a liberis fratrum germanorum.

21. Si vere nulli sint fratres, sed tantum liberi fratrum, tum hi in capita pariter admittuntur, licet ex uno fratre plures quam ex altero sint nati.

22. Nam repræsentatio in hac linea non habet locum, nisi liberi concurrant cum propriis thiis, vel uno saltem ex illis.

23. Liberi Germanorum præferuntur liberis uterinorum & consanguineorum, quia parentes eorum præcedunt, ergo & ipsos.

24. Sed fratres uterini & consanguinei, æquale jus habent, pariterque succedunt, sine discrimine inter paterna maternaque bona; quod secus in foro receptum videtur. Sand. *l.* 4. *tit.* 7. *def.* 1.

25. Secundum hos reliqui agnati, cognati, mares, feminæ, juxta ordinem graduum simpliciter vocantur, potius qui priores sunt, pariter, qui pares sunt.

26. Hinc patruus defuncti & fratris filius simul succedunt; nam quod filius fratris præfertur in *d. cap.* 2. id accipiendum de concursu cum propriis thiis & adscendentibus defuncti, non aliter.

27. Deficiente omni sanguinis linea, postrema conjuges vocantur ex Edicto prætoris, *Unde vir & uxor*.

28. Imo & alias conjux pauper succedit defuncto locupleti in virilem portionem, si plures sint tribus liberis, si pauciores, vel nulli, tunc in quartam. *auth. Præterea. Cod. Unde vir & uxor*.

29. Si nec conjuges extent, bona, ut vacantia, ad fiscum devolvuntur, modo intra quadriennium agnoscantur. *l.* 1. *C. de bon. vacant.*

TIT. XIV. *De Obligationibus*.

30. Dictum est de adquisitione dominii, sequitur obligatio, quæ est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura. *pr. h. t.*

31. Dividitur in naturalem, civilem & mixtam.

32. Naturalis est, quæ nititur solo æquitatis vinculo, ut ex pacto nudo; hæc non parit actionem, sed tantum exceptionem.

33. Civilis est, quæ æquitate destituta, legum subtilitate nititur, ut est obligatio ejus, qui metu coactus aliquid promisit; Talis parit actionem, sed quæ per exceptionem eliditur.

34. Mixta est, quæ & æquitate & vi legum fulcitur.

35. Hæc oritur ex contractu, vel delicto, utroque vero vel quasi. §. *ult. h. t.*

36. Contractus est duorum vel plurium in idem placitum consensus, sua vi producens obligationem & actionem.

37. Estque duplex, nominatus & innominatus; ille, qui certum & distinctum nomen habet; hic, qui certo nomine caret.

38. Hujus

Digitized by Google

38. Hujus quatuor sunt species, quæ sic exprimuntur; do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

39. Nominati contractus sunt quadruplices: contrahuntur enim, aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu. De quasi-contractibus infra agetur.

TIT. XV. *Quibus modis re contrahitur.*

40. Re dicuntur iniri obligationes, quæ non aliter quam traditione perficiuntur.

41. Tales sunt quatuor, mutuum, commodatum, depositum, pignus.

42. Mutuum est contractus, quo res constans pondere, numero & mensura, datur alicui utenda & absumenda, hac lege, ut in eodem genere, non in specie restituatur.

43. Actio, quæ hinc nascitur, condictio certi appellatur. *pr. h. t.*

44. Commodatum est contractus, quo certa corpora dantur utenda ad certum modum ac tempus, hac lege, ut in eadem specie restituantur.

45. In mutuo transfertur dominium, in commodato usus tantum.

46. In mutuo, casus fortuitus est periculo accipientis.

47. In commodato, si res fortuito pereat, hoc damnum est commodantis, commodatarius tantum de culpa tenetur.

48. Culpa autem est triplex, lata, levis & levissima.

49. Regula autem de præstatione culpæ, hæc est: in quo contractu vertitur utilitas ejus tantum, qui de culpa queritur ibi tantum lata culpa præstatur, hoc est, inexcusabilis negligentia mulctatur.

50. Ubi vero ejus tantum vertitur utilitas, qui de culpa accusatur, ibi levissima culpa præstatur, hoc est, si alius ullo modo diligentior esse potuisset.

51. In quibus denique utilitas utriusque consistit, ibi levis culpa mulctatur, hoc est, quod contra officium diligentis patrisfamilias est commissum.

52. Hæ regulæ sunt in *l.5.§.2.ff.Commodati.*

53. Igitur, si commodatarius culpam admiserit; quia tantum in ipsius gratiam contractus initur, omnem, id est, levissimam præstare debet.

54. Depositum est contractus, quo res mobilis datur alicui custodienda, sub fide eandem restituendi.

55. Actio, inde nascitur directa & contraria, ut etiam ex commodato.

56. Directa datur commodanti & deponenti ad rem repetendam.

57. Contraria, depositario & commodatario, ad repetendas impensas in rem factas, cum eo quod interest, utrobique.

58. Species depositi est sequestratio, cum res litigiosa apud tertium deponitur.

59. Eaque duplex est, voluntaria & necessaria.

60. Voluntaria fit consensu partium, necessaria per auctoritatem judicis.

61. Sed hæc non est licita, nisi specialis necessitas eam postulet. *l.un. C.de prohib. sequest.*

62. Quartus realis contractus, est pignus, *§. ult. h. t.* quando debitor creditori rem dat custodiendam in securitatem crediti.

63. Actio inde nascitur pignoratitia, quæ est directa vel contraria.

64. Directa datur debitori soluta pecunia, ad pignus repetendum.

65. Contraria creditori ad repetendas impensas, & quod interest præterea.

66. Culpa in hoc contractu, quia utriusque vertitur utilitas, levis, hoc est mediocris præstatur. *l. 5. §. 2. ff. Commod.*

TIT. XVI. *De verborum obligat.*

67. Obligatio, quæ verbis contrahitur, stipulatio dicitur, quæ olim fiebat per solennem verborum conceptionem §. 1. *h. t.*

68. Poteratque tantum inter præsentes & sine intervallo fieri. *§. 12. Inst. de inutil. stipulat. l. 1. §. 1. ff. h. tit.*

69. Vulgaribus verbis facta promissio, pactum nudum dicebatur, poteratque per literas, vel per nuncium fieri. *t. tit. ff. de pactis.*

70. Sed ex eo non dabatur actio. *l.7.in pr. & §. 1. eod. t.*

71. Verum hodie solennitas verborum non modo sublata est, sed & quælibet promissa, licet inter absentes facta, pariunt obligationem, ita ut nunc pacta sint tantum in usu; omniaque vim stipulationis habeant.

72. Fieri potest promissio pure, vel in diem, aut sub conditione. §. 2. & 4. *h. t.*

73. Pure, cum obligatio statim nascitur, & statim peti potest, nisi quod judex justum aliquod laxamentum dare possit. *§. ult. infra de inutil. stipul.*

74. Obligatio in diem nascitur quidem statim, ita ut solutum repeti non possit. *l.10.ff. de condict. indeb.* sed peti cum effectu potest die præterlapso. §. 2. *h. t.*

75. Scilicet, cum nata est obligatio sine effectu petendi, dies dicitur cedere; quando cum effectu peti potest, dies venire dicitur.

Digitized by Google

76. Actio ex promissione dicitur, vel ex stipulatu, vel condictio certi.

77. Hæc, cum id, quod in obligationem deducitur, certum est, hoc est, ubi constat, quid, quale, quantum sit.

78. Ex stipulatu datur, ubi res incerta est, qualis est si quis factum promisit.

79. Nihil autem obstat, quo minus hic ipse cogatur ad faciendum quod promisit, etsi plerumque si non faciat, in id quod interest agatur. *l. 72. ff. h. t.* Quod cum incertum sit, pœnalis stipulatio ejusmodi promissis subjungi solet. *§. ult. h.*

TIT. XVII. *De duobus reis stipul. & promitt.*

80. Quando duobus eadem res vel pecunia promittitur in solidum, illi sunt duo rei stipulandi.

81. Et cum duo sese in solidum obstringunt, illi sunt duo rei debendi.

82. Hi olim non habebant beneficium divisionis, sed Doctores & usus fori hoc ipsis largiuntur, per *Nov. 99.* quæ tamen loquitur tantum de fidejussor. qui pro se mutuo spoponderunt.

83. Possunt hi duo rei in quolibet contractu constitui. *l. 9. ff. h. t.*

TIT. XVIII. *De stipul. servorum præteribimus.*

TIT. XIX. *De Divisione stipulat.*

84. Stipulationes sunt quadruplices, Prætoriæ, Judiciales, Communes & Conventionales.

85. Prætoriæ sunt, quæ absque litis contestatione a magistratu injunguntur; quanquam, an præstandæ sint, vel non, litigari quidem possit.

86. Tales sunt, stipulatio damni infecti, qua dominus ædium ruinosarum cavere debet vicino; vel stipulatio legatorum, qua heres cavet de legato restituendo; item cautio de evictione; cautio quod res vendita non sit vitiosa; & cautio fructuaria. *§. 2. h. t.*

87. Omnes hæ stipulationes Prætoriæ debent per fidejussores confirmari. *l. 7. ff. de stipul. prætor.*

88. Judiciales sunt, quæ in judicio post litem contestatam præstari jubentur, veluti de restituendo rei pretio, si suspicio sit, ne res, de qua lis est, dilapidetur, vel dolum malum abesse, abfuturum esse. *§. 1. h. t.*

89. Communes sunt, quæ aliquando a Judice, aliquando a Magistratu, modo extra, modo post litem contestatam, præstari jubentur, ut est cautio de rato; ad quam procurator actoris, cujus mandatum non est liquidum, tenetur. *§. ult. h. t.*

90. Conventionales sunt reliquæ omnes stipulationes, quibus aliquid promittitur. *§. 3. h. t.*

TIT. XX. *De Inutilibus stipulat.*

91. Inutiles sunt stipulationes, 1. ratione personarum, 2. ratione formæ, 3. ratione materiæ subjectæ.

92. Ratione personarum, si mutus, surdus, furiosus, infans, stipuletur aut promittat. *§. 7. 8. & 9. h. t.*

93. Prodigus & pupillus stipulari quidem possunt, promittere non possunt. *d. §. 9. & l. 6. ff. de verb. obligat.*

94. Alius quoque pro alio stipulari nequit, nisi sua intersit, aut in potestate sit ejus, cui stipulatur. *§. 4. & 19. h. t.*

95. Ratione formæ, inutilis est stipulatio, si interrogatio & responsio non conveniant, *§. 5. h.* quatenus tamen discrepantia divisibilis est, ut in summa pecuniæ, valet obligatio. *l. 1. §. 4. de verb. oblig.*

96. Dissensus circa res ipsas, vitiat stipulationem, non æque circa materiam & qualitates. *§. 23. h. t. l. 22. de verb. oblig.*

97. Conditio impossibilis, vitiat contractum. *§. 11. h. t.*

98. Absentia vitiat stipulationem, *§. 12. h.* quod tamen hodie secus est, quia solennitas verborum amplius non spectatur.

99. Ratione materiæ non potest promitti res, quæ est extra commercium. *§. 2. h.*

100. Neque res aut factum turpe. *§. 24. h.*

101. Denique, proprias res inutiliter stipulamur. *§. 2. h. t.*

TIT. XXI. *De Fidejussoribus.*

102. Fidejussor est, qui stipulanti creditori promittit, sua fide & periculo fore quod alius debet, manente tamen obligatione principali.

103. Ab eo differt expromissor, qui alienam obligationem novandi animo in se recipit; ita ut primus debitor plane liberetur. *§. 3. infra quib. mod. toll. oblig.*

104. Dantur fidejussores in omnibus causis, exceptis criminalibus, in quibus agitur ad cruciatum corporis, quamvis & ibi aliquando fidejussor, judicio sistendi causa admittatur. *l. 1. cum seqq. ff. de cust. & exhib. reor. §. 1. h tit.*

105. Si plures sint fidejussores, illi habent beneficium divisionis, ut singuli pro parte sua tantum teneantur. *§. 4. h. t.*

106. Et si solidum solvant, prius petere possunt, ut actiones sibi cedantur. *l. 36. ff. h. t.*

107. Novissime datum quoque est beneficium ordinis sive excussionis, quo nullus fidejussor conveniri potest cum effectu, antequam debitor prin-

Digitized by Google

principalis sit excussus, nisi hic procul absit, & sponsor sit præsens, *Nov. 4. cap.* 1. ubi hoc beneficium extenditur quoque ad tertium possessorem hypothecæ.

108. His tribus beneficiis potest renunciari, per *l. 29. Cod. de pactis*, sed beneficio cedendarum vix solet renunciari, quia non præjudicat creditori.

109. Heredem fidejussoris manere obligatum, non est dubium. §. 2. *h. t.*

110. Actio fidejussori, quando solvit, datur, mandati adversus debitorem principalem, si rogatus sit; si ultro spoponderit, datur actio negot. gestorum. §. 6. *h.*

TIT. XXII. *De literar. obligationibus*.

111. Literis obligatur, qui scripsit in chirographo, se accepisse pecuniam, quam tamen non accepit; hic intra biennium habet tria remedia.

112. I. Potest protestari de numeratione non facta.

113. II. Potest condicere suum chirographum. *l. 7. 8. & 9. C. de non num. pecun.*

114. III. Si conveniatur, habet except. non num. pecuniæ, quam creditor non aliter potest elidere, quam probando numerationem. *l. 10. & l. 14. eod. t.*

115. Elapso biennio, nullum habet remedium, *d. l. 14.*

TIT. XXIII. *De obligat. ex consensu*.

116. Consensu incuntur obligationes quidem omnes; sed quæ solo & nudo consensu perficiuntur, hæ per excellentiam dicuntur consensuales.

117. Ut sunt emptio venditio, locatio, conductio, societas, mandatum.

TIT. XXIV. *De empt. & vend.*

118. Emptio venditio est, conventio, qua id agitur, ut rei dominium certo pretio in aliquem transferatur.

119. Dicimus, *id agitur*, neque enim semper transfertur dominium, ut cum res aliena venditur, quod fieri potest. *l. 8. ff. de contrah. empt.*

120. Tria hujus contractus substantialia dicuntur, consensus, merx & pretium.

121. Quamprimum perfectus est consensus, valet confestim contractus, nisi convenerit, ut in scriptura fiat. *pr. h. t.*

122. Perfecto contractu, venditor præcise cogitur ad rem tradendam, & emptor ad pretium solvendum. *l. 6. Cod. de rescind. vend.*

123. Pretium debet præcise consistere in pecunia numerata; nam ubi res pro re datur, est permutatio, & vocatur contractus innominatus.

124. Periculum rei venditæ nondum traditæ, ex casu fortuito, pertinet ad emptorem, ut & commodum atque augmentum. §. 3. *h. t.* 14. *ff. de peric. & comm. rei vend.*

125. Actio inde nascitur Empti & venditi; utrinque directa; Illa datur Emptori, ad rem, hæc Venditori, ad pretium petendum.

TIT. XXV. *De Loc. & cond.*

126. Locatio conductio, est conventio de re fruenda, vel facienda, pro certa mercede.

127. Est igitur aut rerum, aut factorum. Emphyteusis est affinis huic contractui, sed quomodo differat, ex definitione colligitur.

128. Nam Emphyteusis est contractus, quo dominus fundi sui usum & fructum, & jus dominio proximum, alicui tradit hac lege, ut quamdiu pensionem solvat, illud jus retineat. §. 3. *h. t.*

129. Finitur Emphyteusis, si Emphyteuta suum jus absque domini consensu alienet. *l. 3. Cod. de jure Emphyt.*

130. Sed locatio conductio finitur præcipue, I. Si tempus præfinitum sit elapsum. II. Si conductor re male utatur. III. Si dominus ipse sua re necessario indigeat. *l. 3. Cod. locat.* Denique IV. si conductor intra biennium non solvat mercedem. *l. 56. D. eod. tit.* In emphyteusi est triennium.

131. Culpam præstat conductor levem, quia utriusque utilitas hic vertitur. *l. 5. §. 2. ff. commodati.*

TIT. XXVI. *De Societate*.

132. Societas est conventio de rebus, lucroque & damno, communiter habendis.

133. Est vel generalis omnium bonorum, vel specialis certarum rerum.

134. Simpliciter inita, generalis intelligitur, sed tantum quoad lucrum & damnum ex negotiatione seu quæstu. *l. 7. cum seqq. ff. h. t.*

135. Verum expresse de omnibus bonis inita societas, hereditates quoque omniaque lucra & damna complectitur. *l. 3. & l. 73. ff. h. t.*

136. Partes lucri & damni sunt æquales, juxta proportionem sortis quam quisque contulit, §. 1. *h.* sed pacto inæqualitas potest constitui; modo ne unus ferat omne damnum, & alter omne lucrum.

137. Finitur societas, I. Renunciatione unius ex sociis, propter odium communionis, licet pactum sit contra. §. 4. *h. l.* 14. & 70. *ff. h. t.*

138. II. Morte unius ex sociis, inter reliquos omnes solvitur societas, nec pacto quidem ad here-

Digitized by Google

heredes transire potest, sed pacto inter reliquos superstites potest durare societas. §. 5. *hic l.* 59. *& l.* 65. §. 11. *ff. h. t.*

139. III. Finito negotio solvitur societas. IV. Amissis socii bonis, tollitur societas, ut confiscatione & cessione bonorum. §. 7. *&* 8. *hic.*

140. Actio hinc nascitur pro socio, utrimque directa, & culpa præstatur levis. §. *ult. h. t.*

TIT. XXVII. *De Mandato*.

141. Mandatum est contractus, quo quis rogatus negotia alterius gratis suscipit administranda.

142. Est vel generale, de omnibus bonis, vel particulare, de certis rebus.

143. Culpa hic levissima præstatur. *l.* 21. *C. h. t.*

144. Finitur mandatum, I. Revocatione, II. Renunciatione, utroque casu re adhuc integra impune; alioquin renuncians & revocans, tenentur ad id quod interest, nisi justæ causæ aliud suadeant. §. 9. *&* 11. *h.*

145. III. Finitur morte mandantis, vel mandatarii. §. 10. *h.*

146. Etsi autem gratuitum sit mandatum, potest tamen salarium accedere; At, hoc non petendum actione mandati, sed ex stipulatu, vel extra ordinem. §. *ult. h. t.*

TIT. XXVIII. *De Oblig. quæ quasi ex contractu nascuntur*.

147. Quasi contractus sunt facta licita, ex quibus sine conventione nascitur obligatio.

148. Tales 5. sunt: *Primus* negotiorum gestio, cum quis sine mandato absentis negotia gerit.

149. Negotiorum gestor, si necessitate urgente rem susceperit, tantum de lata culpa tenetur. *l.* 3. §. 9. *ff. de negot. gest.*

150. Si sponte sine necessitate, levissimam culpam præstat. §. 1. *in fine h. t.*

151. *Secundus* quasi contractus est Tutelæ administratio, unde nascitur actio tutelæ directa & contraria.

152. Illa datur pupillo contra tutorem, finita tutela, ut reddat rationes, & reliqua præstet.

153. Contraria datur tutori ad repetendas impensas & omnem indemnitatem. §. 2. *h. l.* 4. *de cont. tutelæ act.*

154. Inter curatorem & minorem eadem datur, sed utilis actio, quæ, durante etiam cura, potest moveri. *l.* 16. §. 1. *de tutel. & rat. dist.*

155. *Tertius* quasi contractus, est rei communio, cum duo vel plures rem eandem habent communem, sine conventione de societate, ut cum duo sunt coheredes aut collegatarii.

156. Hinc duplex nascitur actio, familiæ erciscundæ, quæ datur ad divisionem rerum hereditariarum, & communi dividundo, ad divisionem rerum singularum.

157. *Quartus* quasi contractus, est aditio hereditatis.

158. Unde nascitur actio personalis ex testamento.

159. Quæ datur legatariis & fideicommissariis adversus heredem, pro solvendis legatis & fideicommissis. §. 5. *h. t.*

160. Sed creditores hereditarii agunt eadem actione, quam contra defunctum habuissent, adeoque non ex quasi contractu.

161. *Quintus* quasi contractus, est solutio indebiti, unde nascitur condictio indebiti, quæ datur ei, qui solvit per errorem quod non debebat, saltem naturaliter. §. 6. *h. t.*

TIT. XXIX. *Per quas personas nobis obligatio adquiritur*.

162. In hoc titulo nihil est speciale, quod non fuerit supra in tit. *per quas personas cuique adquiritur*.

163. Nam adquisitio obligationum eandem habet rationem, quam dominii adquisitio per servos & per filiosf. pro diversitate peculiorum.

TIT. XXX. *Quib. mod. toll. oblig.*

164. Obligatio tollitur vel ipso jure, vel per medium exceptionis.

165. Modi, quibus ipso jure tollitur, sunt IV. Solutio, acceptilatio, novatio, & contrarius consensus.

166. *Solutio* est naturalis sive vera præstatio ejus quod debetur. *in pr. h. t.*

167. *Acceptilatio*, est verborum conceptio, qua creditor debitorem suum ita liberat, ac si solvisset, a qua differt apocha, quæ est confessio pecuniæ solutæ. §. 1. *h.*

168. *Tertius* modus est *novatio*, quæ definitur prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio.

169. Fitque dupliciter, per delegationem, aut citra illam.

170. Delegatio est novi debitoris in locum prioris substitutio. Ille novus debitor vocatur *expromissor*.

171. Sine delegatione fit novatio, cum manentibus eodem debitore & creditore, genus obligationis tantum mutatur, ut si debitor ex empto, se quasi ex mutuo fœneratitio debitorem constituat. *l.* 6. *C. de reb. cred.* §. 3. *h. t.*

172. *Quartus* modus est contrarius consensus partium, quo tolluntur contractus consensuales re adhuc integra, nam si res jam tradita sit

fit pretiumque solutum, tunc omnia retro agenda sunt.

173. Præter hos quatuor modos, sunt adhuc alii.

174. I. *Compensatio*, quæ est debiti & crediti inter se contributio.

175. Statim enim ac meus creditor mihi vicissim debere cœpit, obligatio mea tollitur ipso jure, vel minuitur ad concurrentem summam.

176. Debent autem quantitates esse, non corpora, quæ compensantur, item liquida, non controversa. *l. ult. C. de comp*

177. *Secundus* modus est confusio, quæ est debiti & crediti in eandem personam concursus, veluti, cum debitor sit heres creditori, vel creditor succedit debitori. *l. 75. ff. de solut.*

178. *Denique*, rei interitus sine culpa debitoris, liberat ipsum. *l. 23. ff. de verb. oblig.*

179. *Postremo*, depositio & obsignatio pecuniæ, habet effectum solutionis. *l. 9. C. de solut*

LIB. IV.

TIT. I. *De oblig. quæ ex delict.*

1. DElicta, quæ secundum obligationis fontem constituunt, sunt vel publica, vel privata.

2. Publica; de quibus ob atrocitatem expresse leges sunt latæ, & de quibus olim cuilibet accusandi jus competebat, de quibus *t. ult.* hujus libri.

3. Privata sunt, de quibus hi tantum agunt, ad quos res pertinent, ut sunt furtum, rapina, damnum & injuria.

4. De his agitur, aut criminaliter, aut civiliter. *l. ult. ff. de priv. delict.*

5. Criminaliter, cum ad publicam animadversionem proceditur.

6. Sed hoc genus agendi hodie procuratoribus publicis rerum criminal. committitur.

7. Civiliter agunt, qui petunt commodum pecuniarium sibimet applicandum.

8. Et hoc modo tractantur in his titulis.

9. Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel rei alienæ ipsius, aut usus ejus possessionisve. §. 1. *h. t.*

10. Furtum usus committitur ab eo, qui re deposita vel commodata suo commodo utitur, aliter quam convenit.

11. Furtum possessionis facit debitor, rem a se oppignoratam creditori surripiens. §. 6. 7. & 10. *h. t.*

12. Furtum est duplex, manifestum & non manifestum; illud, quando fur cum re ablata deprehensus est, antequam detulisset eam, quo destinaverat; non manifestum contra intelligitur.

13. Pœna manifesti est quadruplum, & non manifesti duplum. §. 5. *h. t.*

14. Pœna capitis, quæ aliquando hodie furibus infligitur, supra exemplum juris Divini, & Romani, & omnium gentium antiquarum est, nec satis congruit proportioni justitiæ.

15. Datur actio furti illis quorum interest, etsi non sint domini, ut conductoribus, creditoribus, & commodatariis. §. 13. & *seqq.* Præter actionem furti pœnalem, datur & condictio furtiva, ad repetendam rem ipsam vel ejus æstimationem, a fure vel ejus herede. §. *ult. hic*

TIT. II. *De Vi bonorum raptorum.*

16. Rapina est violenta rei mobilis ablatio, fraudandi & lucrifaciendi animo facta.

17. Nam si talis animus absit, ut, si quis rem suam vel sibi debitam, aut quam putat suam esse, vel sibi deberi, per vim possessori eripiat, is raptor non est, sed tamen delinquit; quia non legitimo tramite rem reposcit, adeoque perdit rem suam, vel si res sua non sit, duplo punitur. *hic.* §. 1. *l. 13. ff. quod metus caus.*

18. Idem est, si res immobilis invasa fuit, nam furtum vel rapina rei immobilis non fit. *l. 7. Cod. unde vi.*

19. Actio de vi bonor. raptor. est in quadruplum, cui inest simplum, sive pretium rei, *pr. h. t.* & datur iisdem, quibus actio furti. *in fin. h.*

20. Competit illis, quorum interest, ut de furto dictum. §. *ult. h. t.*

TIT. III. *De Lege Aquil.*

21. Damnum injuria datum, punitur lege Aquilia, cujus duo sunt capita.

22. *Primo* cautum est, ut qui servum vel pecudem alterius occidit, puniatur quanti res plurimi fuerit, intra annum proximum retro computandum. *pr. h. t.*

23. *Capite* 2. cavetur, ut is, qui aliud damnum præter cædem dedit, præstet quanti res plurimi fuerit intra dies 30. §. 13. *h.*

24. Sed hodie utroque casu, simpliciter id quod interest agi solet.

25. Culpa hic levissima punitur; sed casus fortuitus aut necessitas excusatur. §. 6. & *seqq. h. t.*

26. De homine libero cæso, aut vulnerato, agitur utili judicio legis Aquiliæ, in id quod interest. *l. 3. ff. si quadr. paup.*

TIT. IV. *De injuriis.*

27. Injuria, est delictum in contumeliam alterius dolo malo commissum.

28. Fit-

Digitized by Google

28. Fitque tribus modis: *re*, veluti verberibus, aliove facto, *verbis*, ut convitio, *literis*, ut libello famoso. §. 1. *h.t.*

29. Pœna realis injuriæ ex L. Cornelia, & verbalis ex jure Prætorio, est hæc, quod is, qui passus est injuriam, æstimet eam, eamque æstimationem judex moderetur. §. 7. 8. & 9. *h. t.*

30. Tollitur hæc actio I. Per dissimulationem, si quis contumeliam risu vel contemptu transmittat; is enim postea ad animum eam revocare non potest.

31. *Secundo* per remissionem, sive expressam, vel tacitam, quæ fit per familiarem conversationem; aliaque animi signa reconciliati.

32. *Tertio*, Verbalis injuria tollitur anni spatio. *l.* 5. *C. de injur.* sed realis est perpetua.

33. *Denique*, morte finitur injuria, antequam lis contestata fuit. §. *ult. h. t.*

TIT. V. *De Oblig. ex quasi delicto.*

34. Quasi delicta sunt facta delictis adfinia, qualia in hoc tit. quatuor recensentur.

35. *Primo*, Si judex litem suam fecit, quod fit imperite judicando, & mulctatur pro arbitrio judicis majoris. *pr. h. t.*

36. *Secundum* facit habitator, ex cujus cœnaculo aliquid dejectum vel effusum est, quod transeuntibus nocuit.

37. Hic tenetur in duplum damni dati, vel si homo liber sit interfectus, in quinquaginta aureos, supra impensas & id quod interest. §. 1. *h.*

38. *Tertium*, qui aliquid positum vel suspensum habet publico loco, quod transeuntibus possit nocere.

39. Ille tenetur in decem aureos, actione populari, quæ datur cuilibet ex populo.

40. Sed hæc res hodie spectat ad Magistratus urbium. *d.* §. 1.

41. *Quartum* quasi delictum est, si ministri, nautæ, caupones, vel stabularii, res viatorum & hospitum surripuerint.

42. Illorum Domini tenentur in duplum, at si alius rem abstulerit, in simplum actio de recepto est. §. *ult. h. t.*

TIT. VI. *De Actionibus.*

43. Sequitur tertium juris objectum, Actio, quæ est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. *pr. h.*

44. Estque duplex, in rem, vel in personam. Actio in rem est, quæ datur ei, qui habet jus in re adversus quemvis possessorem, ad jus illud asserendum.

45. Jura in re sunt quinque: *Primo* dominium, unde, nascitur *rei vindicatio*. *Secundo* jus dominio proximum, quod vocant utile dominium, unde nascitur *utilis in rem actio*. *Tertio* hereditas, unde *hereditatis petitio*. *Quarto* Servitus. *Quinto* pignus. Sed de tribus prioribus hic non agitur.

46. Actio in personam est, quæ datur adversus eum, qui nobis est obligatus ad dandum vel faciendum. §. 1. *h. t.*

47. In rem, Ex servitute nascitur *actio confessoria*, veluti cum iter, actum, viam, usumfructum, aliamve servitutem vindicamus. §. 2. *hic*.

48. Huic opponitur *negatoria*, qua dominus asserit prædii sui libertatem, & negat alii competere servitutem. *d.* §. 2.

49. Sunt etiam in rem Prætoriæ actiones in §. 3. *hic*.

50. I. Publiciana, quæ datur ei, qui rem a non domino, bona fide, justoque titulo comparatam, amisit ante usucapionem, eamque repetit a tertio possessore. §. 4. *hic*.

51. II. *Rescissoria*, qua succurritur his, qui per absentiam rem vel jus suum amiserint, ut, rescissa usucapione adversarii, res ipsis restituantur. §. 5. *h.*

52. III. *Actio Pauliana*, per quam creditores repetunt ea, quæ a debitoribus in fraudem ipsorum sunt alienata. §. 6. *h. t.*

53. IV. *Serviana & quasi Serviana*, quæ & hypothecaria dicitur, per quam creditores persequuntur res sibi oppignoratas, contra quemvis possessorem.

54. Datur hæc actio tam de pignore proprie dicto, cujus possessio transit in creditorem, quam de hypotheca, quæ manet penes debitorem. §. 7. *h. t.*

55. Sequuntur actiones personales prætoriæ, I. de constituta pecunia, quæ datur adversus eum, qui nudo pacto promisit se soluturum quod ipse vel alius debet. §. 9. *h. t.*

56. II. *Actio* in factum ex jurejurando, quæ datur contra eum, qui deferente adversario, juravit sibi deberi. §. 11.

57. Actiones pœnales Prætoriæ, in §. 12. sunt parvi momenti.

58. porro dividuntur actiones in rei persecutorias, pœnales, & mixtas. §. 16.

59. *Rei persecutoriæ* sunt, quibus persequimur id, quod nostra interest.

60. Constat id quod interest, duabus partibus, damno illato, & lucro cessante.

61. Sunt autem rei persecutoriæ, omnes in rem actiones, & omnes ex contractu.

62. Pœnales sunt, quibus persequimur pœnam

Digitized by Google

nam legibus constitutam, ut est actio furti & injuriarum &c. §. 18.

63. Mixtæ sunt, quæ partim pœnam, partim id quod interest persequuntur, ut est actio de vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ &c. §. 19.

64. *Tertio* dividuntur actiones, quod vel in simplum sint, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. §. 21.

65. Sed hodie hæc divisio cessat, neque enim ultra simplum agitur, nisi quando aliter statutis comprehensum est.

66. *Quarta divisio* est, quod actiones sint bonæ fidei, stricti juris, & arbitrariæ. §. 28

67. *Bonæ fidei* dicuntur, in quibus judex habet liberam potestatem æstimandi ex bono & æquo, quantum alter alteri, etiam ultra expressam conventionem, dare præstare debeat.

68. Stricti juris sunt, in quibus judex non potest excedere terminos expressæ conventionis.

69. Ut apparet exemplo usurarum, quæ, verbi gratia, in emptione venditione debentur post moram, etsi non promissæ; sed in mutuo, quod est stricti juris, non debentur usuræ, nisi diserte promissæ.

70. Sunt, inquam, bonæ fidei, quæ nascuntur e contractibus mutuas præstationes habentibus actionesque reciprocas producentibus: Quæ autem actiones sint bonæ fidei, hoc ex §. 28. aperte liquet, reliqui omnes sunt stricti juris.

71. Tales sunt, omnes consensuales, omnes, qui re contrahuntur, excepto mutuo; omnes quasi-contractus, excepta condictione indebiti. Actio e testamento mixti juris esse videtur; nam præcipuos bonæ fidei effectus possidet, velut in usuris & fructibus, attamen numero strictarum habetur. Præscriptis verbis duæ sunt b. f. Æstimatoria, & de permutatione. Reliquæ stricti juris. Actio de dote, est etiam bonæ fidei.

72. Arbitrariæ actiones dicuntur ita, ab arbitrio sive a jussu judicis jubentis rem restitui, cui si reus pareat, bene est, sin minus, gravius condemnatur. §. 31.

73. Hujus naturæ actiones recensentur in §. 31. & summatim, sunt omnes in rem actiones, excepta hereditatis petitione, quæ est b. fidei.

74. *Quinta divisio* est, actiones aliæ solidum persequuntur, aliæ minus quam solidum.

75. Hujusmodi illæ sunt, in quibus obtinet beneficium competentiæ, hoc est, ne reus teneatur ultra quam facere potest; verum, ut relinquatur ei quantum satis est ad honestam vitæ exhibitionem.

76. Datur hoc Privilegium, 1. parentibus, 2. conjugibus, 3. sociis, 4. donatoribus, cum ex donatione sua conveniuntur, §. 37. & 38. *h. t.* item ei, qui bonis cessit. §. *ult.*

TIT. VII. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.*

77. Ex contractu filiifamilias & servi, contra dominum & patrem, dantur hæ actiones. I. Quod jussu, Quæ datur ex contractu servi aut filiifam. adversus Patrem vel Dominum, quorum jussu contractus est initus, in solidum. Non tantum, inquam, si pater jusserit, sed & si non mandaverit, vel approbaverit quod filius gessit. §. 1. & 4. *h. t.* l. 1. *Quod jussu.*

78. II. Exercitoria, quæ datur contra exercitorem navis ex contractu magistri, de negotiis, quibus erat præpositus, etiam in solidum. §. 2.

79. III. Institoria, quæ datur ex contractu institoris, adversus eum, qui ipsum præposuit, æque in solidum.

80. Institor autem est, qui negotiationi terrestri est præpositus; Magister, qui maritimæ.

81. Exercitor, ad quem quotidianus navis reditus pertinet. *d.* §. 2. *h. t.*

82. *Tributoria* datur contra patrem vel dominum, qui male diviserunt merces peculiares servi, aut filiifamilias, ad corrigendam iniquam illam divisionem. §. 3. *h.*

83. Actio de peculio, datur contra patrem vel dominum, ex contractu servi aut filiifamilias, ad petendum id, quod est in peculio ipsorum. §. 4. *hic.*

84. Intelligitur autem peculium profectitium, non castrense, verum vel quasi, nec quidem adventitium.

85. Actio de in rem verso, datur contra eosdem, ex contractu eorundem, quatenus ipsorum patrimonium inde auctius est factum. *d.* §. 4.

86. Sed si filiofamilias mutua pecunia sit data, de eo nulla datur actio; quia SCto Macedoniano prohibitum est hoc mutuum, nisi a patre sit approbatum, vel utiliter versum. §. 8. *h. t.*

87. TIT. VIII. *De noxalibus actionibus*, & TIT. IX. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, hodie non habent usum, ideoque eos præteribimus.

TIT. X. *De iis, per quos agere possumus.*

88. Olim quisque suam causam in judicio

per

per se, non per alium, agere debebat. *pr. h. t.*

89. Sed hodie, cuilibet liberum est dare procuratorem, qui litem alienam mandato Domini administrat.

90. Est vel in rem suam, vel in rem alienam.

91. In rem suam, qui mandato quidem & nomine alterius, sed in utilitatem propriam, agit causam, ut est, cui cessa est actio, titulo donationis, venditionis, dationis in solutum, aliove simili.

92. In rem alienam, qui vere pro alio, non in suum commodum agit.

93. Jure civili cuilibet privato liberum est agere procuratorem causarum. §. 1. *h. t.*

94. Sed hodie ob notitiam ordinis judiciorum, quæ cuivis non suppetit, est hoc officium publicum.

95. Idem de Advocatis, qui apud veteres Romanos quilibet ex populo esse poterant.

96. Differunt Advocati a procuratoribus; quod hi mandato constituantur, Advocati precibus adeuntur.

97. Procuratores omnia faciunt, quæ domini, & post litem contestatam fiunt domini litium, ut & sententia in illos feratur, *l. 17. & l. 23. C. de procurat.* quanquam judicati actio in illos non datur. *l. 4. in pr. ff. de re jud.*

98. Sed Advocati voce duntaxat & scripto causæ patrocinantur.

99. Quibusdam in locis officia Procurator. Et Advocat. conjunguntur, ut & procuratores postulent, id est merita causæ proponant, quod alioqui est Advocatorum, & Advocati simul procuratoria administrent.

TIT. XI. *De satisdationibus.*

100. Satisdatio est cautio, qua quis adversarium de his, quæ ad causam agendam pertinent, facit securum.

101. Quæ jure civili hac de re traduntur, ea in praxi aliter atque aliter se habent, adeoque commodius in foro possunt observari.

TIT. XII. *De Perpetuis & temporalibus action. & quæ ad & in heredes transeunt.*

102. Actiones perpetuæ sunt, quæ durant annos 30. quibus elapsis, nulla actio moveri potest, præter hypothecariam, quæ contra debitorem durat 40. annos. *l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.*

103. Sunt autem perpetuæ, omnes actiones rei persecutoriæ, præter eas, quæ excipiuntur

104. Ut Actiones pœnales, civiles, hoc est, quæ ex legibus oriuntur; sed Prætoriæ sunt annales, ut est vi bonorum raptorum, injuriæ verbalis, & similes.

105. Quatenus tamen in factum ad rem persequendam agimus, omnes istæ actiones ex delicto sunt perpetuæ.

106. Rei persecutoriæ temporales, sunt diversæ; quædam biennio finiuntur, ut actio de dolo. *l. ult. C. de dolo malo.*

107. Quædam triennio, ut actio in rem mobilem. *princ. Inst. de usucap.*

108. Quædam quadriennio, ut restit. in integr. *l. ult. Cod. de temp. in integr. rest.*

109. Quinquennio, ut querela inofficiosi testam. *l. 8. §. ult. ff. de inoffic. test.*

110. Decennio, ut actio in rem immobilem. *d. pr. Inst. de usucap.*

111. Viginti annis, ut eadem actio inter absentes, hoc est, qui in diversis provinciis habitant. *dict. pr. Inst.*

112. Altera regula est, actiones rei persecutoriæ transeunt in heredes, exceptis quibusdam ex delicto oriundis. §. 1. *hic.*

113. Actiones pœnales non transeunt adversus heredes. *d.* §. 1.

114. Heredibus dantur omnes actiones, etiam, quæ ex delicto sunt, exceptis, quæ tendunt ad vindictam personalem, ut est actio injuriarum & similes. *d.* §. 1.

TIT. XIII. *De Exceptionibus.*

115. Exceptio, est actionis alioqui jure competentis exclusio.

116. Nam si actio sit ipso jure extincta, tum fit quidem allegatio facti, sed ea non est exceptio, veluti quod solutum, quod novatum, quod accepto latum sit.

117. Dividuntur in perpetuas & temporales, sive peremptorias, & dilatorias.

118. Exempla peremptoriarum sunt, exceptio quod metus causa, de dolo, pacti de non petendo, jurisjurandi, & rei judicatæ, denique non numeratæ pecuniæ, quæ semel objecta causam perimit & perpetua est, licet, antequam objiciatur, sit biennalis. §. 1. *& seqq. h. tit.*

119. Dilatoriæ, pertinent vel ad causam, vel ad judicium, vel ad personas judicium constituentes.

120. Ad causam, ut exceptio pacti de non petendo intra certum tempus.

121. Ad judicium, ut exceptio fori declinatoria.

122. Ad personas, ut exceptio suspecti Judicis, & quod quis personam standi in judicio non habeat, item procuratoris falsi, &c. §. 10. *& seq. h.*

TIT. XIV.

Digitized by Google

TIT. XIV. *De Replicat.*

123. Replicatio est elisio exceptionis quam sequitur triplicatio, & illam quadruplicatio; de quibus in *hoc tit.*

124. In fine additur divisio exceptionum, in reales & personales. Illæ, quæ rem sequunt, heredibusque & fidejuss. prosunt.

125. Hæ, quæ certis prosunt personis, ut exceptio, quod quis non teneatur ultra quam facere possit, exceptio pacti de non petendo a Titio vel Cajo nominatim. §. *ult. h.*

TIT. XV. *De Interdictis.*

126. Interdicta olim erant formulæ, quibus Prætor in causa veræ vel quasi possessionis, aliquid fieri jubebat, vel prohibebat. *pr. h.*

127. Sed hodie sunt actiones extraordinariæ, quibus de possessione vera vel quasi litigatur.

128. Fiunt instar aliorum judiciorum, nisi quod hic summaria fit cognitio, & extra ordinem procedatur.

129. Divisiones sunt variæ; præcipua est, interdicta sunt vel adipiscendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ possessionis.

130. Adipiscendæ sunt, quorum bonorum, quod legatorum, de tabulis exhibendis, &c.

131. Quorum bonorum, datur heredi ad consequendam possessionem rerum hereditariarum, quæ ab aliis detinentur.

132. Quod legatorum, datur heredi pro possessione legati, quod legatarius occupavit, ad detrahendam Falcidiam.

133. De tabulis exhibendis, datur ei, cujus interest, ut videat legatque tabulas, §. 3. *h. tit. ff. quod legat. & de tab. exhib.*

134. Retinendæ possessionis sunt, uti possidetis, & utrubi; illud datur ei, qui contendit se possidere rem immobilem, in qua turbatur ab alio. §. 4. *h.*

135. Utrubi, datur ob eandem causam de re mobili. §. 4. *h.*

136. Vincit in utroque judicio, qui tempore litis contestatæ, nec vi, nec clam, nec precario possedit ab adversario.

137 Victus in possessorio, transire debet ad petitorium, nam appellari non potest. *l. unic. C. si de moment. possess.*

138. Recuperandæ possessionis interdicta sunt, Unde vi, & de migrando.

139. Unde vi, datur ei, qui dejectus est de possessione fundi, vel ædium, ut restituatur.

140. De migrando, datur inquilino, cui Dominus ædium negat res eo illatas, sine causa evidenti, *t. ff. de Migrando.*

TIT. XVI. *De Pœna temere litig.*

141. Temerarius litigator est, qui sine probabili causa litigat.

142. Ille cohibetur tribus modis.

143. I. Per jusjurandum calumniæ, quod præstat reus, Actor, & advocati; duo priores jurant, quod non animo vexandi aut tergiversandi moveant litem; Advocatus hodie semel pro officio suo, in singulis causis non jurat.

144. II. Per pœnam pecuniariam, id est condemnationem in expensas.

245. III. Per infamiam, quæ infligitur ex delictis publicis & privatis, excepta actione legis Aquiliæ.

146. Item ex quatuor contractibus, propter dolum in illis admissum, scilicet in mandato, deposito, societate, tutela. §. 1. & 2. *h. t.*

TIT. XVII. *De Officio judicis.*

147. Judicis Officium est, ita judicare, quemadmodum legibus, moribus, aut constitutionibus est proditum.

148. Nam sententia expresse contra jus lata, est ipso jure nulla, ita ut appellatione non sit opus. *l. 1. §. 2. ff. quæ sent. sine appellat. rescind.*

149. Particulare officium judicis in variis causis, ex natura singularum actionum colligi debet, qua de re agitur in §. 1. & *seqq.*

TIT. XVIII. *De publicis Judiciis.*

150. Judicium est legitima causæ disceptatio quæ fit apud Judicem, ex parte actoris & rei, litis finiendæ gratia.

151. Dividitur in civile & criminale.

152. Criminale, vel publicum est, vel privatum.

153. Publicum est, vel capitale, vel non capitale.

154. Capitalia sunt, I. crimen læsæ Majestatis, cujus reus fit, qui violat jura summæ potestatis in republica.

155. Estque vel perduellio, vel majestatis in specie.

156. Perduellio, quæ animo hostili committitur. Majestatis in specie, cum citra hostilem affectum, lucri aliave causa Majestas læditur. De hac agitur in *l. ult. ff. ad Leg. Jul. Majest.* de illa. *l. 5. C. ad Leg. Jul. Maj.* §. 3. *h.*

157. *Secundo* Adulterium, quod est corruptio

Digitized by Google

tio mulieris alii nuptæ; nam maritus, rem habens cum virgine vel vidua, non committit adulterium, sed stuprum. *l. 6.* §. 1. *ff. ad leg. Jul. de adult.* §. 4. *h. t.*

158. *Tertio* Homicidium, quod punitur lege Cornelia de Sicariis. §. 5. *h. t.*

159. *Quarto* Parricidium, quod punitur ex lege Pompeja, exquisito genere pœnæ, quod habetur in §. 6. *h. t.*

160. Est autem parricidium, homicidium ejus, qui recta linea nobis est conjunctus, sive ascendens, sive descendens sit. *d.* §. 6. *in princ. & in fin.*

161. *Quinto* est raptus virginis, vel viduæ honestæ. in *l. un. Cod. de raptu virginum* §. 8. *in fin. h. t.*

162. *Sexto* Plagium, est suppressio hominis; pœna capitalis, aliquando tamen & levior pœna est. §. 10. *h. t.*

163. *Septimo* Peculatus, quod est furtum publicæ rei, vel sacræ; & capite punitur, sacrilegium semper; peculatus, si magistratus ipsi, eorumque ministri id deliquerint. §. 9. *h. t.*

164. Non capitalia sunt, veluti I. Falsum, quod est ficta veritatis imitatio, vel suppressio, in fraudem alterius facta. Pœna est deportatio. §. 7. *h.*

165. II. Vis publica, quæ fit armis, & privata, quæ sine armis. §. 8. *hic.*

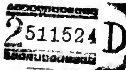
166. III. Repetundarum, quo tenentur Magistratus, qui pecuniam acceperint, quo magis vel quo minus officium facerent, adeoque ob quaslibet sordes & corruptiones. Pœna quoque deportatio est. *l.* 7. §. 3. *de L. Jul. repetund.*

167. IV. Residuorum, quo tenentur, qui pecuniam publicam in certos usus sibi commissam, non totam in eos converterunt, sed partem sibi servarunt. Pœna est, ut tertia parte plus solvat reus quam acceperit. *l.* 4. §. 5. *ad L. Jul. pecul.*

168. V. Ambitus, quo tenentur, qui corruptis suffragiis honores ambierunt. Pœna est centum aureorum, cum infamia. *l. un.* §. 1. *ff. de L. Jul. Ambitus.*

169. VI. Crimen annonæ, cujus reus est, qui hoc agit malis artibus, ut annona fiat carior, hæc sunt in §. 11. *h. t.* Pœna est 20. aureorum. *l.* 2. *de L. Jul. de ann.* add. *l.* 6. *de Extraord. crim.*

170. Possunt autem in his circumstantiæ esse tam atroces, ut judex ad capitalem quoque pœnam procedere queat, veluti in stupro sive corruptione mulieris innuptæ, quod inter non capitalia modo est omissum. vid. *l.* 1. §. *ult. ff. de extraord. criminib.* adde *l.* 9. *in fine eod. tit. l.* 6. *ff. ad L. Jul. Peculatus l.* 13. *ff. de pœnis.*


2511524 D

SPE-

Digitized by Google

Specimen errorum, qui in Lovaniensi editione irrepserant, et in hac nostra sublati sunt.

Pag. 12. col. 1. in fin.	
Cariolani	Coriolani
42. col. 2. verſ. 24. a fin.	
ἔξυσα	ἐξυσία
44. col. 1. v. 12.	
pupulli	pupilli
45. col. 1. v. 12. a fin.	
hereli	herili
48. col. 2. v. 21. a fin.	
Bochovio	*Bachovio*
51. col. 1. v. 11. a fin.	
γίνεδαι	γίνεσθαι
col. 2. v. 21. a fin.	
σοντὸς εἴζγεται	παντός ἔιργεται
v. 23. a fin.	
πεζικέκλεισαι	περικέκλεισαι
63. col. 1. v. 13.	
κηδημόνας	κηδεμόνας
70. col. 1. v. 9.	
ὠαραίτησιν	παραίτησιν
v. 18. a fin.	
ϖόλεων	πόλεων
71. col. 1. v. 17. a fin.	
ἔχδρα	ἔχθρα
73. col. 2. v. 13. a fin.	
μνεσηρος & μνεσης	μνηςῆρος & μνήςης
75. col. 1. v. 19.	
ἔτε	εἶτε
76. col. 2. v. 23.	
agnotorum	agnatorum
77. col. 1. v. 5. a fin.	
ραδυμία	ῥαθυμία
81. col. 2. v. 1.	
υποκοριςιρῶς	ὑποκοριςικῶς.
85. col. 1. v. 3.	
ὠέννaον	ἀέννaον
col. 2. v. 22.	
Acamiæ	Academiæ
88. col. 1. v. 22.	
πλατύνεσδαι	πλατύνεσθαι
89. col. 1. v. 22. a fin.	
cinere	*cineri*
109. col. 2. v. 22.	
oleam	oleum
157. col. 1. v. 16. a fin.	
ὅταν ἐφ' ουτῷ ἀπαλλοτριοθῆσαι	ὅταν ἐφ' αὐτῷ ἢ ἀπαλλοτριῶσαι
161. col. 2. v. 9.	
patrimonialis	patrimoniolis
162. col. 1. v. 15.	
quæques	quæque
v. 32.	
περιελδόντα	περιελθόντα
v. 42.	
Αυπεῖ	Λυπεῖ
v. 44.	
ἀφαιρεδὲν	ἀφαιρεθὲν
164. col. 2. v. 6. a fin.	
ἐσχότων	ἐχηκότων
166. col. 1. v. 26.	
ex abitu	*ex habitu*
167. col. 2. v. 24.	
quoddammodo	quodammodo
col. 1. v. 23.	
ineptudinem	ineptitudinem
170. col. 1. v. 12.	
mulieris	mulieres
171. col. 1. v. 4.	
μισῦσσι	μισοῦσι
col. 2. v. 28.	
ὑπεξιότητι	ὑπεξουσιότητι
172. col. 2. v. 10.	
ἐμειδὴ	ἐπειδὴ
173. col. 1. v. 35.	
palympſeſto	palimpſeſto
175. col. 2. v. 13. a fin. a fin.	
της νόσου	τῆς νόσου
179. col. 2. v. 36.	
filiisfamiliarum	filiisfamilias
181. col. 2. v. 20. a fin.	
preſtet	præſtet
184. col. 2. v. 6.	
querelæ	*querela*
188. col. 1. v. 4.	
heretici	hæretici
v. 21.	
ſtruprum	ſtuprum
189. col. 1. v. 19.	
quorum	quarum
195. col. 2. v. 3.	
octuagenarius	octogenarius
203. col. 1. v. 14.	
a filio	filio
207. col. 1. v. 12.	
declaverit	*declaraverit*
col. 2. v. 32.	
ubi	ibi

Digitized by Google

219. col. 1. v. 34.	*Nov.* 155.	*Nov.* 115.
220. col. 1. in fin.	*quod Jus*	*quod ad Jus*
224. col. 2. v. 29.	fit	fit
226. col. 1. v. 4. a fin.	*Sec. orfit.*	*Se. Orfit.*
col. 2. v. 10.	proprius	propius
228. in Tit. v. 10.	pereant	pereat
235. col. 2. v. 6.	fætus	fetus
240. col. 1. v. 41.	potiantur	potiatur
col. 2. v. 39.	reddi	reddi poffe
245. col. 2. v. 8.	inprefentiarum	inpræfentiarum
246. col. 1. v. 11.	*L.*1.§.5.*quando cet.*	*L.*5.§.5.*quando cet.*
254. col. 1. v. 43.	Pegafius	Pegafus
256. col. 2. v. 45.	vefpellionis	vefpillonis
257. col. 1. v. 7. a fin.	tanfeunt	tranfeunt
col. 2. v. 30.	eparatione	feparatione
278. col. 1. v. 9.	τοῦ	τὸν
284. col. 1. v. 18.	ante afinibus	antea finibus
291. col. 2. v. 6.	fuperveniant	fuperveniat
298. col. 2. v. 8.	*obligationes*	*ftipulationes*
299. col. 1. v. 13.	*demum*	*demptum*
302. col. 2. v. 17.	qui	quæ
305. col. 2. v. 2. a fin.	utlet	valet
v. ult.	empttio	emptio
311. col. 2. v. 33.	fidejufforem	fidejufforum
329. col. 1. v. 10. a fin.	quarum	quorum
330. col. 1. v. 9. a fin.	alia	alea
col. 2. v. 17. a fin.	λεπὶν	λεῖαν
331. col. 1. v. 1.	πὸκεμον	πόλεμον
col. 2. v. 14.	Audp	Apud
341. col. 1. v. 10.	fit	fit
342. col. 2. v. 16. a fin.	in in *l.*	in *l.*
344. col. 1. v. 10. a fin.	*legi*	*legit*
348. col. 1. v. 15.	quid	quod
col. 2. v. 18. a fin.	*poffet*	*poteft*
359. col. 2. v. 19.	congentium	congenitum
360. col. 1. v. 27.	αὐτοφόρω	αὐτοφώρω
col. 2. v. 4.	*Licifca*	*Lycifca*
v. 28.	prenderetur	deprehenderetur
v. 8. a fin.	περιτιθῆναι	περιτεθῆναι
367. col. 1. v. 14.	*plura*	*pura*
370. col. 2. v. 25.	*eo quæ quod*	*eo quod*
373. col. 2. v. 9. a fin.	*quid*	*quod*
374. col. 1. v. 14.	*quid*	*quod*
col. 2. v. 19.	funt	fint
375. col. 2. v. 17.	25. *an.*	15. *an.*
377. col. 2. v. 17. a fin.	quod	quo
379. col. 1. v. 21.	*dict. l. un.*	*dict. l. un.*
381. col. 2. v. 24.	promeritis	pro meritis
384. col. 2. v. 18. a fin.	*quis*	*qui*
385. Tit. 5. v. 3.	*cauponas*	*caupones*
389. col. 1. v. 26.	habitant	habitat
391. col. 1. v. 17. a fin.	prefequendi	perfequendi

394.

Digitized by Google

394.	col. 1. v. 2.	
	παραφράξει	*παραφράζει*
	col. 2. v. 4.	
	ἰσκαπίττευσα	*ἰσκαπίτευσα*
401.	col. 1. v. 7.	
	decidendi	decidendæ
402.	col. 1. v. 25.	
	alibi	albi
409.	col. 1. v. 19.	
	litigantibus	litigantium
417.	col. 2. v. 9.	
	ἐγακεῖσθαι	*ἐγκεῖσθαι*
	v. 26.	
	ſenſuerit	ſenſu erit
421.	col. 1. v. 11. a fin.	
	filiifamiliarum	filiifamilias
424.	col. 1. v. 18. a fin.	
	ervos	ſervos
425.	col. 1. v. 10.	
	ἐγρασήριον	*ἐργασήριον*
426.	col. 1. v. 13.	
	τὸν δεσπότην	*τοῦ δεσπότου*
427.	col. 1. v. 9.	
	conjunguntur atque cumulantur	conjungitur atque cumulatur
435.	col. 1. v. 3. a fin.	
	Edil.	*Ædil.*
438.	col. 1. v. 17.	
	propt. de jurejur. C. cal.	C. *de jurej. propt. cal.*
	v. 10. a fin.	
	κρεσφύγετα	*κρησφύγετα*
442.	col. 1. v. 19.	
	dſcept.	*diſcept.*
	v. 28.	
	ἠρνῆτο	*ἠρνεῖτο*
443.	col. 1. v. 26.	
	αἴτοπον	*ἄτοπον*
	v. 27.	
	ἐλέγ χειν	*ἐλέγχειν*
444.	col. 2. v. 3.	
	C. de uſſ. fidej.	*C. de fidejuſſor.*
445.	col. 1. v. 27.	
	παρὰ προσώπον	*περὶ προσώπων*
447.	col. 1. v. 7.	
	πλεμμελεῖσθαι	*πλημμελεῖσθαι*
459.	col. 2. v. 4. a fin.	
	ἀγώμονας	*ἀγνώμονας*
463.	col. 2. v. 25.	
	διδῶναι	*διδόναι*
473.	col. 2. v. 10. a fin.	
	Juliam	*Julia*
484.	col. 2. v. 19.	
	ἀντισυλλογιζοναι	*ἀντισυλλογίζονται*
491.	col. 1. v. 14.	
	exibent	exhibent
492.	col. 2. v. 9. ſeqq.	
	46. Patriæ &c.	46. Patriæ Poteſtatis eſt cauſa triplex &c.
494.	col. 2. v. 3.	
	Atilliano	*Atiliano*
499.	col. 2. v. 5.	
	Heritici	Hæretici
504.	col. 2. v. 13.	
	juxa	juxta
505.	col. 1. v. 1.	
	qui	quæ
	col. 2. v. 2.	
	deponent	deponenti
510.	col. 2. v. 16. a fin.	
	ſoliturum	ſoluturum
514.	col. 2. v. 3.	
	quod minus	quo minus
	v. 6.	
	repetum	*Repetund.*

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Tomi 4. fo.


BNC - FIRENZE
B.5.-.369

